

Rechtsprobleme der Schaffung einer Konzernstruktur

Gutachten

erstattet für den Betriebsrat der
Hamburger Hafen- und Lagerhaus AG von
Prof. Dr. Wolfgang Däubler, Bremen

Inhaltsverzeichnis

A. Sachverhalt.....	4
B. Rechtliche Würdigung.....	8
I. Übertragungs- bzw. Organisationsmodelle für die Konzernstruktur (Frage 1).....	8
II. Mitbestimmung des Betriebsrats gem. § 1 Nr. 12 des Tarifvertrags vom 19. Juli 1970	14
1. Inhalt des Tarifvertrags.....	14
2. Schaffung von gesellschaftsrechtlichen Bindungen?.....	15
3. Schaffung arbeitsrechtlicher Rahmenbedingungen	17
4. Rechtsfolgen von Verstößen	18
III. Regelungskompetenzen der Betriebsparteien.....	19
1. Die Grundsatzentscheidung des BetrVG	19
2. Langfristige Verpflichtung zur Unterlassung von Veränderungen?.....	20
3. Regelungen bei Betriebsaufspaltung	22
IV. Arbeitsrechtliche Zulässigkeit der sog. Entsendelösung ..	24
1. Die Problematik.....	24
2. Übergang von Vermögensgegenständen ohne Arbeitsverhältnisse?...	25
3. Rückgriff auf das Widerspruchsrecht der Arbeitnehmer...	27
4. Vereinbarkeit der Entsendelösung mit dem AÜG	28
a) Anwendbarkeit des AÜG?	28
b) Wann liegt Arbeitnehmerüberlassung vor?	28
c) Die Konzernklausel	29
d) Vermutung der Arbeitsvermittlung	29
e) Lösungsvorschlag	30
V. Sicherung einer Mehrheitsbeteiligung der Freien und Hansestadt Hamburg an der HHLA und ihren Töchtern	31
1. Die Vorschläge des Betriebsrats.....	31
2. Sicherung der beherrschenden Stellung der Freien und Hansestadt Hamburg in der HHLA.....	32
a) Die Verpflichtung, nicht über Anteilsrechte zu verfügen	32

b) Vertragspartner	33
c) Individual- oder Tarifvertrag	34
3. Sicherung der beherrschenden Stellung der HHLA in den Tochtergesellschaften.....	34
a) Bindung des HHLA-Vorstandes?	34
b) Bindung der HHLA als solcher	35
c) Grenzen	35
d) Abschluß der Vereinbarung	37
e) Vertragsinhalt	37
f) Sicherung der Einhaltung des Vertrags	38
g) Alternative Gestaltungsmöglichkeiten?	40
4. Kriterien für die Auswahl der Beteiligungserwerber.....	41
5. Zivilrechtlicher Vertrag oder Tarifvertrag?.....	41

A. Sachverhalt

Mitte 1998 wurde der Betriebsrat davon informiert, daß die Hamburger Hafen- und Lagerhaus AG (im folgenden: HHLA) wesentliche Betriebsteile ausgliedern und rechtlich verselbständigen will. Dies betrifft die Unternehmensbereiche „Container“, „Frucht“ sowie „Läger und Distribution“; die HHLA selbst soll sich auf die Funktion einer Management-Holding beschränken.

Im Anschluß an zahlreiche Gespräche zwischen Vorstand und Betriebsrat fand am 21.12.1998 eine Unterredung mit dem zuständigen Senator, Herrn Dr. Mirow statt, der gleichzeitig die Funktion des Aufsichtsratsvorsitzenden innehat. Aus dem von der senatorischen Behörde erstellten Protokoll wird deutlich, daß die ausgegründeten Gesellschaften die Kooperation mit „Bündnispartnern“ und die Bildung von „strategischen Allianzen“ erleichtern sollen. Es ist nicht daran gedacht, die HHLA ganz oder teilweise zu privatisieren, um so für den öffentlichen Haushalt Einnahmen zu erzielen. Vielmehr geht es darum, dem künftigen Konzern durch Gewinnung von Partnern zusätzliche Substanz zuzuführen.

Senator Dr. Mirow machte deutlich, daß die Freie und Hansestadt Hamburg bei der HHLA-Holding ihren beherrschenden Einfluß behalten wolle (S. 2 des Protokolls). Bei den Tochtergesellschaften sei es denkbar, daß der Anteil Hamburgs auf unter 50 % sinke, wenn man zwei verschiedene Partner mit ins Boot nehme (Protokoll S. 3).

Was die tariflichen und sonstigen Arbeitsbedingungen in den Tochtergesellschaften betrifft, so solle ein umfassender Bestandsschutz für die heute bei der HHLA Beschäftigten realisiert werden. Bei neueingestellten Arbeitnehmern kämen allerdings abweichende Vereinbarungen in Betracht. Eine Ge-

fährdung des Betriebsfriedens werde hierin nicht gesehen. Im übrigen unterstütze er das Hamburger Modell zur erweiterten Unternehmensmitbestimmung, doch sei offen, inwieweit es Dritten gegenüber durchsetzbar sei.

In der Folgezeit fanden Verhandlungen zwischen dem Betriebsrat und dem Vorstand über eine Betriebsvereinbarung statt, die die im Zusammenhang mit der geplanten Konzernstruktur auftauchenden Fragen regeln soll. Dem Verfasser liegt der Verhandlungsstand vom 23. April 1999 vor, aus dem deutlich wird, daß die Positionen beider Seiten recht weit auseinander liegen. Dies betrifft insbesondere die Wahrung des beherrschenden Einflusses der HHLA auf die Tochtergesellschaften (§ 7) sowie die Kriterien, nach denen Beteiligungspartner ausgesucht werden sollen (§§ 8, 9). Im wesentlichen besteht jedoch Übereinstimmung in bezug auf die sog. Entsendungslösung (§ 11): Arbeitsvertragspartner soll die HHLA bleiben, die einzelnen Beschäftigten werden lediglich der jeweiligen Tochtergesellschaft zur Verfügung gestellt. Dies bedeutet, daß automatisch alle bisherigen Arbeitsbedingungen erhalten bleiben. Auch bei Neueinstellungen soll ein Arbeitsverhältnis zur Holding begründet werden. Allerdings besteht Dissens, ob auch insoweit die bestehenden Tarifverträge Anwendung finden sollen (§ 11 Abs. 12 der beiderseitigen Entwürfe). An der betriebsverfassungsrechtlichen Situation (ein Betriebsrat für alle Beschäftigten) soll sich nach § 11 Abs. 14 nichts ändern.

Weit gehen auch die Vorstellungen über die Laufzeit der Betriebsvereinbarung auseinander: Während der Betriebsrat eine Festschreibung bis zum Jahr 2009 verlangt, will die Unternehmensleitung eine entsprechende Regelung nur für die Zeit bis Ende 2002 treffen.

In einem Schreiben an den Vorstand vom 10.05.1999 stellte der Betriebsrat noch einmal seine wesentlichen Forderungen heraus:

- Die HHLA muß bei den neuen Tochtergesellschaften zu mehr als 50 % beteiligt sein; nur ein solcher beherrschender Einfluß kann sicherstellen, daß auch zukünftig die Arbeitsverhältnisse den bestehenden Tarifverträgen unterliegen.
- Das Entsendungsmodell muß langfristig angelegt sein; bei gravierenden Änderungen sei eine Verhandlungslösung anzustreben.
- Die bestehenden Tarifverträge müssen auch auf neueingestellte Arbeitnehmer erstreckt werden.

In der Folgezeit wurden die Verhandlungen nicht fortgeführt, jedoch wurde für Neueinstellungen eine gesonderte tarifliche Regelung getroffen. Der Vorstand gab bei Prof. Dr. Klaus-Peter Martens von der Universität Hamburg ein Rechtsgutachten in Auftrag, das sich insbesondere mit der Frage befaßt, welches Organisationsmodell die für die HHLA günstigsten Voraussetzungen bietet, um die vorhandenen Pläne zu realisieren. Da das Gutachten beiden Seiten bekannt ist, wird auf eine Wiedergabe des Argumentationsgangs verzichtet. Entscheidend ist, daß eine Abspaltung an Stelle der vorher zugrunde gelegten Ausgliederung bevorzugt wird, so daß der Konzernzusammenhang von vorneherein nur durch Zusatzabmachungen geschaffen werden kann. Außerdem werden gegen die Entsendungslösung Bedenken im Hinblick auf § 613 a BGB erhoben.

Der Betriebsrat sieht weiteren rechtlichen Klärungsbedarf. Er hat deshalb die folgenden Fragen gestellt:

1. Welche Übertragungs- bzw. Organisationsmodelle werden für die von der HHLA favorisierte Konzern-Struktur empfohlen?
2. Unterliegt die geplante Verselbständigung von drei Betriebsteilen verbunden mit der Umwandlung der HHLA in eine Holding-Gesellschaft der Mitbestimmung des Betriebsrates gem. § 1 Nr. 12 des Tarifvertrages vom 19. Juli 1970?
3. Sind die eintretenden Folgen sowohl für die künftig zu entsendenden als auch in der Holding verbleibenden Arbeitnehmer in einer Betriebsvereinbarung zwischen Vorstand und Betriebsrat der HHLA regelungsfähig?
4. Wird das von den Betriebsparteien erwogene Modell einer „Entsendelösung“ als arbeitsrechtlich zulässig beurteilt und hätte dieses Modell auch bei Aufnahme eines Beteiligungspartners (in einer der Tochtergesellschaften) Bestand?
5. Werden die grundsätzlichen Bedenken des Gutachten *Martens* zur Vereinbarung einer Majoritätspflicht auch dann geteilt, wenn

- eine solche Verpflichtung durch Grundsatzentscheidung im HHLA-Aufsichtsrat und
- Aufnahme in die Gesellschaftsverträge der Tochtergesellschaften festgeschrieben würde sowie
- ausdrücklich in eine Betriebsvereinbarung zwischen dem Vorstand der HHLA sowie den Geschäftsführungen der Tochtergesellschaften - einerseits - und dem Betriebsrat der HHLA - andererseits - aufgenommen würde?

Die folgenden Ausführungen beantworten die Fragen in der vorgegebenen Reihenfolge.

B. Rechtliche Würdigung

I. Übertragungs- bzw. Organisationsmodelle für die Konzernstruktur (Frage 1)

Das Gutachten *Martens* geht zutreffend davon aus, daß es drei verschiedene rechtliche Wege gibt, um aus einem bisherigen Betriebsteil eine selbständige Gesellschaft zu machen.

Zum einen kann man eine GmbH oder eine andere juristische Person gründen und dieser dann im Wege der Einzelrechtsnachfolge alle die Gegenstände übertragen, die zu dem in Frage stehenden Betriebsteil gehören. Dies ist aufwendig und kann Abgrenzungsprobleme hervorrufen, weil unklar bleibt, was genau zu dem in Frage stehenden Betriebsteil gehört. Gravierender können jedoch steuerliche Nachteile sein, die ein solches Vorgehen mit sich bringt. Weder im Gutachten *Martens* noch in den sonstigen Unterlagen ergeben sich Anhaltspunkte dafür, daß eine solche Vorgehensweise gewollt ist.

Die zweite Möglichkeit besteht in der sog. Ausgliederung nach § 123 Abs. 3 UmwG. Sie führt dazu, daß ein vertraglich fixierter Teil des Vermögens der „Hauptgesellschaft“ automatisch und ohne selbständige Übertragungsakte auf die ausgegliederte Gesellschaft übergeht (§ 131 Abs. 1 Nr. 1 UmwG). Als Ausgleich für diesen „Abfluß“ erhält die „Hauptgesellschaft“ Mitgliedschaftsrechte in der neugegründeten Tochter.

Auch beim dritten Weg, dem der Abspaltung, findet keine Einzelrechtsübertragung, sondern eine (partielle) Gesamtrechtsnachfolge statt. Der Unterschied zur Ausgliederung besteht jedoch darin, daß die Anteilsrechte an der neuen Gesellschaft nicht der „Hauptgesellschaft“ als solcher, sondern ihren Anteilseignern zustehen.

Im vorliegenden Fall macht es einen erheblichen Unterschied aus, ob man von der Möglichkeit der Ausgliederung oder der der Abspaltung Gebrauch macht. Bei der Ausgliederung ist die HHLA automatisch Alleingesellschafterin der neuen Einheiten. Sie wird zur Konzernmutter, die (zumindest) über drei 100-%-Töchter verfügt. Benutzt man statt dessen das Instrument der Abspaltung, ergeben sich vier unabhängig nebeneinander stehende Unternehmen, deren Alleingesellschafter jeweils die Freie und Hansestadt Hamburg ist. Der verbleibenden HHLA würden keinerlei Weisungsrechte gegenüber den neugeschaffenen Unternehmen zustehen; sie würde mit diesen allein aufgrund der Abspaltung keinen Konzern bilden.

Im Gutachten *Martens* wird diese Folge durchaus erkannt, wenn auch nicht im Zusammenhang mit dem Konzernbegriff erörtert. Vielmehr wird auf S. 4 angeregt, daß die Freie und Hansestadt Hamburg ihre Anteile an den abgespaltenen Gesellschaften der HHLA treuhänderisch überträgt oder daß eine „vertretungsrechtliche Lösung“ gewählt wird, was wohl bedeutet, daß die Freie und Hansestadt Hamburg die HHLA ermächtigen würde, für sie die Mitgliedschaftsrechte in den neugeschaffenen Gesellschaften wahrzunehmen. Schließlich wird die Möglichkeit erwähnt, Stimmrechtsverträge abzuschließen, also beispielsweise bis auf weiteres die Freie und Hansestadt Hamburg zu verpflichten entsprechend den Weisungen des HHLA-Vorstands abzustimmen. Würde man solche „Zusatzvereinbarungen“ treffen, wäre an sich eine Konzernstruktur mit der HHLA-Holding als Spitze durchaus gegeben. Dies gilt jedenfalls dann, wenn die Befugnis zur Ausübung der Gesellschafterrechte der Freien und Hansestadt Hamburg nicht beliebig entzogen werden könnte.

S. etwa Hüffer, Aktiengesetz, 4. Aufl., München 1999, § 17 Rn. 10, wonach das Depotstimmrecht wegen des Widerrufsrechts des Aktionärs nach § 135 Abs. 2 S. 2 AktG nicht zur

(Mit-)Begründung eines konzernrechtlichen Abhängigkeitsverhältnisses ausreicht.

Die Möglichkeit, vom Mittel der Abspaltung Gebrauch zu machen, ist erst durch das Gutachten *Martens* in die Diskussion eingeführt worden. Zuvor war man den vorliegenden Formulierungen nach generell davon ausgegangen, daß es sich bei den neuen Gesellschaften um 100%ige Töchter der HHLA handelt, die deshalb von dieser auch konzernrechtlich beherrscht werden können. Dies wird u. a. aus dem Protokoll des Gesprächs mit Senator Dr. Mirow deutlich, wo auf S. 2 die HHLA ausdrücklich als Konzernmutter bezeichnet wurde und wo auf S. 3 von einer „Mehrheit der HHLA“ bei der C-, Z- und L-GmbH die Rede ist. Auch der Entwurf der Unternehmensleitung für eine Betriebsvereinbarung sieht in § 1 ausdrücklich vor:

„Eine rechtliche Verselbständigung erfolgt nur hinsichtlich der drei in der Präambel genannten Unternehmensbereiche C, Z und L, und zwar zunächst als 100%ige Tochtergesellschaften der Hamburger Hafen- und Lagerhaus-AG (HHLA)“

Auch im Gutachten *Martens* selbst wird auf S. 1 der erteilte Auftrag in der Weise umschrieben, daß die Voraussetzungen der geplanten „Konzernorganisation“ dargestellt werden sollen.

Den bisherigen Diskussionsrahmen zu verlassen, erscheint nur dann angemessen, wenn durch den Weg über die Abspaltung Schwierigkeiten und Probleme vermieden werden könnten, die sowohl für die Arbeitgeber- wie für die Arbeitnehmerseite im Falle der Ausgliederung entstehen. Dies ist jedoch weder im Gutachten dargelegt noch auf andere Weise ersichtlich.

Was zunächst die Arbeitgeberseite betrifft, so verweist das Gutachten *Martens* auf S. 5 selbst darauf, daß im Falle der Abspaltung die Freie und Hansestadt Hamburg entweder neues Kapi-

tal in die HHLA einbringen oder aber deren Kapital herabsetzen müßte. Beides erscheint wenig attraktiv: Zusätzliche Zahlungen belasten den eh schon angespannten Staatshaushalt, eine Kapitalherabsetzung wird von Beobachtern des Kapitalmarkts häufig als Krisensymptom gesehen, was die Voraussetzungen zur Kooperation mit anderen Unternehmen nicht unbedingt erleichtert.

Eine weitere problematische Folge kommt hinzu. Ist die Freie und Hansestadt Hamburg Alleingesellschafterin von vier rechtlich selbständigen Gesellschaften, ist sie als herrschendes Unternehmen im Sinne des Konzernrechts zu qualifizieren.

BGHZ 69, 334 ff. - VEBA-Gelsenberg, weitere Nachweise bei Hüffer, Aktiengesetz, 4. Aufl., München 1999, § 15 Rn. 13; s. weiter Kölner Kommentar zum AktG (= KK)-Koppensteiner, Bd. 1, 2. Aufl., Köln u. a. 1988, § 15 Rn. 52

Dies hat zur Folge, daß jedenfalls dann, wenn das Verhalten einzelner Unternehmen intensiv gesteuert wird, eine Durchgriffshaftung für Verbindlichkeiten der abhängigen Gesellschaften droht.

Zu den Voraussetzungen der Durchgriffshaftung im sog. qualifizierten faktischen Konzern s. BGHZ 95, 330 ff. - Auto-
kran; weitergeführt durch BGH NJW 1993, 1200 - TBB; BAG DB 1996, 1526

Hinzu kommt, daß in der jüngsten Literatur Tendenzen sichtbar werden, wonach die Haftung des Staates oder anderer öffentlich-rechtlicher Körperschaften in der Insolvenz von Eigengesellschaften eher als bei einer normalen privatrechtlichen Konzernmutter in Betracht kommt.

Dazu Frege, Die Haftung öffentlich-rechtlicher Körperschaften in der Insolvenz einer Eigengesellschaft, Finanzwirtschaft (FiWi) Heft 7/2000 S. 151 ff.

Für die Arbeitnehmerseite würde sich im Fall der Abspaltung die negative Folge ergeben, daß die Vertretung im Aufsichtsrat der HHLA-Holding nur so lange fortbestehen könnte, wie die Zusatzvereinbarungen (treuhänderische Abtretung der Gesellschaftsanteile usw.) bestehen: Werden sie aufgelöst oder rückgängig gemacht, fehlt es an einem Konzern, so daß § 5 Abs. 3 MitbG von vorneherein überhaupt nicht eingreifen kann und deshalb die in den verselbständigten Gesellschaften tätigen Arbeitnehmer kein Wahlrecht mehr besitzen. Auch betriebsverfassungsrechtlich wäre der Fortbestand eines einheitlichen Betriebes höchst zweifelhaft, wenn zwischen der HHLA-Holding und den abgespaltenen Gesellschaften keine Abmachung (mehr) besteht, wie im einzelnen die bisherige Einheit geleitet werden soll. Auch in dem im Gutachten angesprochenen Modell, daß die HHLA die Betriebe von den neuen Gesellschaften pachtet, kann der Fall eintreten, daß der Pachtvertrag gekündigt oder aufgehoben wird und damit vom einen Tag auf den andern eine Betriebsspaltung eintritt, die zu einer „Parzellierung“ der betrieblichen Interessenvertretung führt. Zwar könnte man in einem solchen Fall nach den §§ 111 Satz 2 Nr. 3, 112 BetrVG über Interessenausgleich und Sozialplan verhandeln, doch wäre ein Gemeinschaftsbetrieb und damit eine einheitliche Interessenvertretung nur dann erreichbar, wenn die Arbeitgeberseite sich zu einer einheitlichen Betriebsleitung bereit erklärt.

Für die Arbeitnehmer bedeutet die Abspaltungslösung Verlust an Mitbestimmungsrechten und ggf. notwendig werdende fundamentale Umstrukturierung der betrieblichen Interessenvertretung. Dies kann Rückwirkungen auf die Arbeitsatmosphäre und den Betriebsfrieden haben. Außerdem bringt eine solche Lösung die Freie und Hansestadt Hamburg in die Rolle eines Eigentümers, der sich nach Kräften der Mitbestimmung zu entledigen versucht - dies entspricht jedenfalls nicht der bisherigen Politik und

ist auch in dem fraglichen Gespräch mit Senator Dr. Mirow ausgeschlossen worden.

II. Mitbestimmung des Betriebsrats gem. § 1 Nr. 12 des Tarifvertrags vom 19. Juli 1970

1. Inhalt des Tarifvertrags

Der noch heute geltende „Vertrag zur Betriebsverfassung der Hamburger Hafen- und Lagerhaus-Aktiengesellschaft“, der zwischen der Gewerkschaft ÖTV und der HHLA am 9. Juli 1970 abgeschlossen wurde, bestimmt in seinem § 1 unter der Überschrift „Gleichberechtigte Mitbestimmung des Betriebsrates“:

„Der Betriebsrat hat in folgenden Angelegenheiten, bezogen auf die Gesamtheit und einzelne Gruppen der Mitarbeiterschaft sowie auf einzelne Mitarbeiter, gleichberechtigt mitzubestimmen:

1.

2.

3.

...

12. Grundsätzliche Maßnahmen der Organisation, soweit dadurch die Arbeit oder die Leistung der Mitarbeiter beeinflusst wird; hierzu gehören auch geplante Betriebsänderungen;

13.

16.“

Kommt eine Einigung über die mitbestimmungspflichtigen Angelegenheiten nach § 1 nicht zustande, entscheidet nach § 3 die Einigungsstelle. Diese besteht aus je zwei Mitgliedern beider Seiten sowie einem neutralen Vorsitzenden, der notfalls durch das Arbeitsgericht bestellt wird.

Schon der Wortlaut der Bestimmung macht deutlich, daß es nicht primär um unternehmerische Entscheidungen als solche, sondern um den Einsatz der Arbeitskräfte, um die Auswirkungen auf den „Faktor Arbeit“ geht. Nicht jede denkbare organisatorische Maßnahme, sondern nur solche, durch die die Arbeit oder die

Leistung der Mitarbeiter beeinflusst wird, soll der Mitbestimmung unterliegen. Wie intensiv dieser Einfluß sein muß, ist nicht näher bestimmt; man wird deshalb davon ausgehen können, daß insoweit Veränderungen aller Art erfaßt sein sollen.

Weiter zeigt der Inhalt der übrigen Ziffern von § 1, daß es auch hier in erster Linie um Fragen geht, die wie Einstellungen, Eingruppierungen, Kündigungen, Fragen der Arbeitszeit usw. das Verhältnis „Arbeitgeber - Arbeitnehmer“ betreffen.

Mit Recht ist deshalb auch die tarifrechtliche Gültigkeit der Vereinbarung nicht in Zweifel gezogen worden: Die Betriebsratsbefugnisse können durch Tarifvertrag erweitert werden, soweit dadurch nicht die funktionelle Zuständigkeit des Betriebsrats überschritten wird. Diese ist aber gerade auf alle Fragen des betrieblichen Arbeitens, der Verausgabung der Arbeitskraft im Betrieb bezogen.

Zur Zulässigkeit der tariflichen Erweiterung von Beteiligungsrechten des Betriebsrats s. Däubler-Kittner-Klebe (Hrsg.), BetrVG, Kommentar für die Praxis, 7. Aufl., Frankfurt/Main 2000, Einl. Rn. 77 ff. m. w. N.

2. Schaffung von gesellschaftsrechtlichen Bindungen?

Das Gutachten Martens geht davon aus, § 1 Nr. 12 des Tarifvertrags unterwerfe die Ausgliederung bzw. die Abspaltung nach dem Umwandlungsgesetz der Mitbestimmung des Betriebsrats. Eine solche Regelung wird dann mit der Begründung, der Vorstand sei insofern nicht allein entscheidungsbefugt und deshalb auch nicht zur Eingehung von Verpflichtungen in der Lage, abgelehnt. Dies wird auch im Hinblick darauf angenommen, daß die getroffene Regelung längst vor Inkrafttreten des Umwandlungsgesetzes zustande gekommen ist; eine Normierung „im Vorgriff“ würde daran scheitern, daß der Vorstand insoweit nicht die üb-

rigen Unternehmensorgane, insbesondere die Hauptversammlung binden könne (Gutachten S. 12 - 18).

Die im Gutachten *Martens* zugrunde gelegte Auslegung des § 1 Nr. 12 des Tarifvertrags läßt sich - wie ausgeführt - nicht zwingend mit dem Wortlaut oder mit der systematischen Stellung der Vorschrift begründen. Eine solche Interpretation ist im vorliegenden Zusammenhang auch gar nicht gefragt. Vielmehr geht es allein darum, Rahmenbedingungen für unternehmerische Entscheidungen zu schaffen. Diese betreffen beispielsweise ein Mitbestimmungsrecht bei Kündigungen und ein nicht an bestimmte Voraussetzungen gebundenes Mitbestimmungsrecht bei Einstellungen, was unternehmerische Dispositionen im Personalbereich in erheblichem Umfang beeinflußt (und beeinflussen soll). Dies charakterisiert im übrigen auch die gesetzliche Mitbestimmung, die - soweit sie sich z. B. auf Beginn und Ende der täglichen Arbeitszeit bezieht - der unternehmerischen Entscheidungsfreiheit über die Betriebsnutzungszeiten Grenzen zieht, was sowohl vom BAG wie auch vom BVerfG für verfassungskonform erklärt wurde.

BAG AP Nr. 8 und 24 zu § 87 BetrVG 1972 Arbeitszeit;
BVerfG AP Nr. 15 zu § 87 BetrVG 1972 Arbeitszeit; zur Literatur s. *Fitting-Kaiser-Heither-Engels*, *BetrVG*, 20. Aufl., München 2000, § 87 Rn. 116 m. w. N.

Bezogen auf den konkreten Fall der **Ausgliederung** bzw. **Abspaltung** bedeutet das, daß diese **als solche** keineswegs Regelungsgegenstand des § 1 Nr. 12 des Tarifvertrags ist. Vielmehr wird festgelegt, daß eine Ausgliederung bzw. Abspaltung nicht zu beliebigen Bedingungen erfolgen kann. Möglich sind vielmehr zwei Wege.

3. Schaffung arbeitsrechtlicher Rahmenbedingungen

Zulässig ist zum einen eine Ausgliederung usw., die nicht auf die arbeitsorganisatorische Ebene „durchschlägt“. Bleibt die Organisation dieselbe wie bisher, tritt für die Arbeitnehmer keinerlei Änderung ein, so ist die Ausgliederung problemlos und ohne Kollision mit einem Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats möglich. Dies gilt etwa für eine sog. Mantelgründung.

Ist zum zweiten daran gedacht, die Arbeitsorganisation zu verändern, beispielsweise den bestehenden Betrieb aufzuspalten, so ist nach dem Tarifvertrag zunächst mit dem Betriebsrat hierüber zu verhandeln. Erst wenn diese Verhandlungen (notfalls unter Einschaltung der Einigungsstelle) zu einem erfolgreichen Abschluß gekommen sind, ist das „Umfeld“ für die Ausgliederung geschaffen, die dann als solche erfolgen kann.

Da der erste Weg immer offensteht, gehen die Einwendungen des Gutachtens Martens ins Leere. Konkret bedeutet dies, daß eine Ausgliederung des Inhalts möglich ist, daß der bisherige Betrieb ohne jede Veränderung erhalten bleibt und daß die Arbeitsverhältnisse keine substantielle Änderung erfahren. In diesem Rahmen bewegt sich auch die Position der Arbeitgeberseite, die ja den bisherigen Betrieb beibehalten und sämtliche Arbeitsverhältnisse (einschl. der neu eingestellter Arbeitnehmer) bei der Holding, also dem bisherigen Arbeitgeber ansiedeln möchte. Von daher entsteht kein Konflikt mit dem Tarifvertrag vom 9. Juli 1970. Inwieweit es möglich ist, auch die Arbeitsverhältnisse der bei Tochtergesellschaften eingesetzten Arbeitnehmer zur Holding bestehen zu lassen bzw. zu begründen, soll an späterer Stelle (unten IV) erörtert werden.

4. Rechtsfolgen von Verstößen

In den bisherigen Auseinandersetzungen hat die Frage keine Rolle gespielt, welche Konsequenzen sich ergeben würden, wenn die Arbeitgeberseite sich nicht an diese arbeitsrechtlichen Rahmenbedingungen für eine Ausgliederung bzw. Abspaltung halten würde. Würde etwa auf der Basis einer Ausgliederung oder einer Abspaltung eine Betriebsaufspaltung ohne Interessenausgleich und Sozialplan mit dem Betriebsrat herbeigeführt, so wäre dies nicht nur ein Verstoß gegen das gesetzliche Mitbestimmungsrecht nach §§ 111 Satz 2 Nr. 3, 112 Abs. 4 BetrVG, sondern auch gegen den Tarifvertrag vom 9. Juli 1970 und die aus diesem folgende Durchführungspflicht. Beides löst einen Unterlassungsanspruch des Betriebsrats bzw. der Gewerkschaft aus, der ggf. im Wege der einstweiligen Verfügung gesichert werden kann.

Zum Anspruch auf Unterlassung einer Betriebsänderung, bevor das Verfahren über den Interessenausgleich abgeschlossen ist, s. Däubler-Kittner-Klebe, a. a. O., §§ 112, 112 a Rn. 23; Fitting-Kaiser-Heither-Engels, a. a. O., § 111 Rn. 110 ff., jeweils m. w. N. Zur Durchführungspflicht beim Firmentarif, dem ein entsprechender Anspruch der Gewerkschaft entspricht, s. Kempen-Zachert, TVG, Kommentar für die Praxis, 3. Aufl., Köln 1997, § 1 Rn. 353; Löwisch-Rieble, Tarifvertragsgesetz, Kommentar, München 1992, § 1 Rn. 283

Nur für den Fall, daß entsprechende Vorstellungen entwickelt würden, wären vertiefende Erwägungen in diesem Bereich angemessen.

III. Regelungskompetenzen der Betriebsparteien

1. Die Grundsatzentscheidung des BetrVG

Nach der Rechtsprechung des BAG besitzen die Betriebsparteien jedenfalls in sozialen und personellen Angelegenheiten eine umfassende Regelungskompetenz.

Grundlegend BAG GS DB 1990, 1794

Dies wird u. a. auch aus § 77 Abs. 3 BetrVG deutlich, der tarifliche und tarifübliche Regelungen im Gesamtbereich der Entgelte und sonstigen Arbeitsbedingungen vorgehen läßt, also insoweit eine Zuständigkeit des Betriebsrats voraussetzt. Das BAG hat daraus in neuerer Zeit den Schluß gezogen, daß auch im Bereich von Sozialplänen über das gesetzliche Niveau hinausgehende Regelungen zulässig sind.

BAG DB 1998, 265

Zu den Fragen der betrieblichen Arbeitsbedingungen gehören auch die Folgen, die sich für die Arbeitnehmer aus einer Umstrukturierung ergeben. An dem „betrieblichen“ Charakter eines solchen Vorgangs besteht kein Zweifel. Auch gibt es in der Praxis nicht wenige Fälle, in denen Betriebsvereinbarungen im Hinblick auf einen geplanten Betriebsübergang oder eine sonstige Umstrukturierung verändert oder neu abgeschlossen wurden.

Soweit im konkreten Fall die vorhandene betriebliche Einheit erhalten bleibt und auch die Arbeitsverhältnisse ausnahmslos mit der Holding fortbestehen bzw. abgeschlossen werden, ist der Regelungsbedarf allerdings gering. Ändert sich weder in den Arbeitsabläufen noch in der Person des Arbeitgebers ir-

gendetwas, sind Regelungsinhalte, die etwaige Nachteile ausgleichen könnten, nicht ersichtlich.

2. Langfristige Verpflichtung zur Unterlassung von Veränderungen?

Fraglich kann unter diesen Umständen nur sein, ob eine derartige Lösung auch für längere Zeit festgeschrieben werden kann. Wäre eine Betriebsvereinbarung zulässig, in der sich die Arbeitgeberseite verpflichtet, das „Entsendungsmodell“ über fünf oder zehn Jahre hinweg weiter zu praktizieren und auch an der betriebsverfassungsrechtlichen Zuordnung nichts zu ändern?

Eine Betriebsvereinbarung muß nicht notwendig eine bestimmte inhaltliche Regelung treffen; vielmehr kann sie mit Rücksicht auf die Autonomie der Beteiligten auch lediglich Unterlassungsansprüche begründen. Diese können sog. negative Inhaltsnormen sein,

zu diesem Begriff s. Wiedemann, Tarifvertragsgesetz, 6. Aufl., München 1999, § 1 Rn. 251

also den einzelnen Arbeitnehmer berechtigen, die Unterlassung einer bestimmten Maßnahme vom Arbeitgeber zu verlangen. Möglich ist stattdessen auch eine schuldrechtliche Verpflichtung des Arbeitgebers gegenüber dem Betriebsrat, da nach herrschender Auffassung die Betriebsvereinbarung ebenso wie der Tarifvertrag einen obligatorischen Teil besitzen kann.

S. Fitting-Kaiser-Heither-Engels, a. a. O., § 77 Rn. 46 m. w. N.

Lehnt man dies mit der Mindermeinung ab,

für diese s. statt aller Fabricius u. a., Gemeinschaftskommentar zum BetrVG (im folgenden: GK), Bd. 2, 6. Aufl., Neuwied 1998 § 77 Rn. 158 (Kreutz)

so bleibt gleichwohl die Möglichkeit, eine inhaltsgleiche Betriebsabsprache zu treffen.

GK-Kreutz § 77 Rn. 12 ff.

Eine solche „Veränderungssperre“ ist allerdings nur dann von Bedeutung, wenn sie grundsätzlich nicht gekündigt werden kann. Auch insoweit bestehen ausreichende Gestaltungsmöglichkeiten. Nach der Rechtsprechung

BAG DB 1992, 1735

und der Literatur

DKK-Berg § 77 Rn. 53 b; Fitting-Kaiser-Heither-Engels, a. a. O., § 77 Rn. 130; GK-Kreutz § 77 Rn. 312; Richardi, Kommentar zum BetrVG, 7. Aufl., München 1998, § 77 Rn. 148

ist das in § 77 Abs. 5 BetrVG vorgesehene Kündigungsrecht abdingbar. Zeitliche Obergrenzen existieren insoweit nicht.

Bei Betriebsabsprachen werden dieselben Grundsätze angewandt. Da sie im Gesetz nicht ausdrücklich geregelt sind, wird zwar § 77 Abs. 5 BetrVG entsprechend angewandt, doch bedeutet dies zugleich, daß die Kündigung einvernehmlich ausgeschlossen werden kann.

DKK-Berg § 77 Rn. 82; Fitting-Kaiser-Heither-Engels § 77 Rn. 191; GK-Kreutz § 77 Rn. 19

Nicht abdingbar ist demgegenüber sowohl bei der Betriebsvereinbarung als auch bei der Betriebsabsprache das außerordentliche Kündigungsrecht, das einer Vertragspartei dann zusteht, wenn ihr ein weiteres Festhalten an der getroffenen Vereinbarung nicht zugemutet werden kann.

GK-Kreutz § 77 Rn. 314; Richardi, § 77 Rn. 187, beide unter Bezugnahme auf BAG AP Nr. 7 zu § 77 BetrVG 1972 Nachwirkung

3. Regelungen bei Betriebsaufspaltung

Kommt es demgegenüber zu einer Betriebsaufspaltung und zu einem Übergang von Arbeitsverhältnissen auf die Tochtergesellschaften, so ergeben sich zusätzliche Regelungsprobleme.

Nach § 613 a Abs. 1 Satz 2 BGB gehen im Falle des Übergangs eines Betriebsteils die bisher geltenden Normen von Betriebsvereinbarungen in die Arbeitsverträge der „übergegangenen“ Arbeitnehmer ein. Sofern keine neuen kollektive Ordnung Platz greift, gelten sie ein Jahr lang zwingend fort; im Anschluß daran haben sie nur noch die Bedeutung von dispositiven Bestimmungen, von denen insbesondere im Zusammenhang mit Neueinstellungen abgewichen werden kann. Will man einen weitergehenden Bestandsschutz sicherstellen, ergeben sich drei Möglichkeiten.

Zum einen kann man den bisherigen Arbeitgeber, d. h. die Holding durch Betriebsvereinbarung verpflichten, ihre (zunächst) 100%ige Tochter zu veranlassen, die Betriebsvereinbarung inhaltlich zu übernehmen. Faktisch ließe sich dies durch Weisung an den Vorstand bzw. die Geschäftsführung der abhängigen Gesellschaft bewerkstelligen.

Zum zweiten ist denkbar, daß der Betriebsrat im Rahmen seines Übergangsmandats nach § 321 UmwG inhaltsgleiche Vereinbarungen mit der Tochtergesellschaft schließt. Dies kann auch in der Weise erfolgen, daß bereits vor der Ausgründung für den Zeitpunkt des Übergangs des Betriebsteils eine entsprechende Regelung getroffen wird.

Regelungen, die erst bei künftigen Ereignissen wirksam werden, sind nichts Außergewöhnliches. So hat es das BAG (NZA 1997, 556) anerkannt, daß die Geltung eines Tarifvertrags vom Inkrafttreten eines Gesetzes abhängig gemacht wird.

Zum dritten kann man den bisherigen Arbeitgeber verpflichten, bestimmte Leistungen für den Fall zu erbringen, daß die Tochtergesellschaft hierzu nicht mehr bereit oder in der Lage ist. Die zu dieser übergegangenen Arbeitnehmer wären insoweit durch eine schuldrechtliche Abrede zugunsten Dritter geschützt.

Zu einer entsprechenden tariflichen Regelung beim Übergang von Betrieben und Betriebsteilen von der Postbank zur Deutschen Post AG s. Däubler, ZTR 2000, 241 ff.; rechtliche Bedenken sind insoweit nicht laut geworden.

IV. Arbeitsrechtliche Zulässigkeit der sog. Entsendelösung

1. Die Problematik

Im Gutachten *Martens* wird in der Zusammenfassung auf S. 32/33 der Standpunkt vertreten, § 11 des Betriebsratsentwurfs für eine Betriebsvereinbarung würde gegen die zwingende Vorschrift des § 613 a BGB verstoßen; eine entsprechende Regelung könne daher nicht wirksam vereinbart werden. Angesprochen ist damit die sog. Entsendelösung, wonach die Arbeitsverhältnisse mit der HHLA bestehen bleiben und die einzelnen Arbeitnehmer in den bisherigen Betriebsteilen weiterarbeiten, die den neuen Tochtergesellschaften zugeordnet werden. Auch die Arbeitgeberseite sieht in ihrem Entwurf des § 11 eine entsprechende Lösung vor, die sich nur geringfügig von der des Betriebsrats unterscheidet. Vermutlich aus Rücksichtnahme auf den Auftraggeber findet letzteres im Gutachten *Martens* keine Erwähnung. Ergänzend sei vermerkt, daß derartige rechtliche Gestaltungen innerhalb von Konzernen weit verbreitet sind; die sog. Personalführungsgesellschaft, die als Vertragspartner für alle konzernangehörigen Arbeitnehmer fungiert, ist insoweit das wichtigste Beispiel.

Im einzelnen ergeben sich zwei verschieden Fragen. Zunächst stellt sich das Problem, ob der Spaltungsplan bzw. der Spaltungsvertrag so ausgestaltet werden kann, daß zwar Vermögensgegenstände, nicht aber die Arbeitsverhältnisse der in dem betreffenden Bereich Tätigen auf die Tochtergesellschaften übergehen. Sollte dies nicht möglich sein, ergibt sich weiter das Problem, ob die Arbeitnehmerseite durch gemeinsame Ausübung eines Widerspruchsrechts den Übergang der Arbeitsverhältnisse verhindern kann.

Soweit eine Tätigkeit für die Tochtergesellschaften auf dem einen oder anderen Wege möglich ist, stellt sich zum zweiten das Problem, inwieweit darin eine unerlaubte Arbeitnehmerüberlassung liegen kann, die ggf. zur Entstehung eines Arbeitsverhältnisses mit den Tochtergesellschaften führt.

2. Übergang von Vermögensgegenständen ohne Arbeitsverhältnisse?

Das Umwandlungsgesetz stellt es den Beteiligten frei, welche Vermögensgegenstände sie der ausgegliederten oder abgespaltenen Gesellschaft zuordnen wollen. § 126 Abs. 1 Nr. 9 UmwG verlangt lediglich „die genaue Bezeichnung und Aufteilung der Gegenstände des Aktiv- und Passivvermögens, die an jeden der übernehmenden Rechtsträger übertragen werden, sowie der übergehenden Betriebe und Betriebsteile unter Zuordnung zu den übernehmenden Rechtsträgern.“

Im Prinzip wäre daher denkbar, den Tochtergesellschaften lediglich einzelne Vermögensgegenstände zuzuordnen, die betriebliche Organisation aber bei der HHLA zu belassen. Praktisch wäre dies in der Weise zu bewerkstelligen, daß die Tochtergesellschaften die von ihnen übernommenen Installationen an die HHLA vermieten würden.

Ohne daß insoweit aus Sicht des Gutachters eine abschließende Beurteilung möglich wäre, scheint eine solche Gestaltung nicht gewollt zu sein. Gegen sie spricht, daß sich externe Investoren voraussichtlich nicht an bloßen Gegenständen, sondern an einem funktionierenden Unternehmen beteiligen wollen. Dazu kommen steuerrechtliche Gründe, wonach die Fortführung des Buchwerts (und damit die Beibehaltung stiller Reserven) nach § 15 Abs. 1 Satz 1 UmwStG nur dann möglich ist, wenn zumindest ein Betriebsteil übernommen wird.

S. dazu Lutter (Hrsg.), UmwG, 2. Aufl., Köln 2000, § 126 Rn. 52 (Priester); Dehmer, UmwG, UmwStG, Kommentar, 2. Aufl., München 1996, § 15 UmwStG Rn. 29

Geht man daher davon aus, daß nicht nur Einzelgegenstände, sondern eine betriebliche Organisation auf die Tochtergesellschaften übergehen soll, so stellt sich die Frage, ob der Spaltungsplan bzw. Spaltungsvertrag in einem solchen Fall vorsehen kann, daß der Betrieb ohne Arbeitnehmer übergeht, diese also weiter bei der Muttergesellschaft beschäftigt werden.

Nach ganz herrschender Auffassung ist eine solche Trennung von Arbeitnehmern und Betriebsteil nicht möglich. Die Vorschrift des § 613 a BGB hat zwingenden Charakter und überlagert die Gestaltungsfreiheit der beteiligten Unternehmen.

Dehmer, a. a. O., § 131 Rn. 51; Lutter-Priester a. a. O., § 126 Rn. 50; Sagasser-Schmidt, in: Sagasser/Bula/Brünger, Umwandlungen, 2. Aufl., München 2000 Abschnitt F Rn. 7

Dies wird mit Recht damit begründet, daß § 613 a BGB eine arbeitnehmerschützende Vorschrift ist, die nicht durch entsprechende Vertragsgestaltung zwischen zwei beteiligten Arbeitgeberfirmen ausgehebelt werden kann. Daß § 613 a BGB auch in Fällen der Umwandlung wie z. B. der Ausgliederung und Abspaltung Anwendung findet, hat im übrigen vor kurzem das BAG bestätigt.

BAG DB 2000, 1966

Auch im direkten Anwendungsbereich des § 613 a BGB, also bei der Einzelrechtsnachfolge, wird derselbe Standpunkt, d. h. der Vorrang des § 613 a, vertreten.

Eingehend Rüthers-Bakker ZfA 1990, 255 ff.

3. Rückgriff auf das Widerspruchsrecht der Arbeitnehmer

Als Arbeitnehmerschutzvorschrift ist § 613 a BGB allerdings insofern dispositiv, als niemand gezwungen wird, seinen Schutz effektiv in Anspruch zu nehmen. Das Bundesarbeitsgericht hat deshalb in ständiger Rechtsprechung dem betroffenen Arbeitnehmer das Recht eingeräumt, dem Übergang seines Arbeitsverhältnisses zu widersprechen. Macht er davon Gebrauch, besteht die Rechtsbeziehung zum bisherigen Arbeitgeber fort.

BAG DB 1984, 1403; BAG DB 1996, 2230

Das Widerspruchsrecht kann auch „gebündelt“ in der Weise ausgeübt werden, daß zahlreiche oder auch alle Arbeitnehmer in etwa gleichzeitig von ihm Gebrauch machen.

Däubler, Das Arbeitsrecht 2, 11. Aufl., Reinbek 1998, Rn. 1426; D. Gaul, Der Betriebsübergang, Ehningen bei Böblingen 1990, S. 200

Eine Ersetzung der individuellen Entscheidung durch Tarifvertrag oder Betriebsvereinbarung ist - soweit ersichtlich - bislang von niemandem ins Gespräch gebracht worden. Vielmehr handelt es sich um ein typisches Individualrecht, was schon daran deutlich wird, daß sich das BAG primär auf das Argument stützt, dem einzelnen dürfe nicht gegen seinen Willen ein neuer Arbeitgeber aufgedrängt werden.

Für den konkreten Fall bedeutet dies, daß die Entsendelösung voraussetzt, daß praktisch alle Arbeitnehmer von ihrem Widerspruchsrecht Gebrauch machen. Angesichts der Tatsache, daß die weitere Entwicklung der Tochtergesellschaften im Hinblick auf künftige Beteiligungen von Investoren ungewiß ist, während die HHLA-Holding im Mehrheitsbesitz der Freien und Hansestadt Hamburg bleiben wird, ist damit zu rechnen, daß es so gut wie keine nicht-widersprechenden Arbeitnehmer geben wird. Dem Be-

etriebsrat steht es im übrigen frei, für die Erhebung von Widersprüchen zu werben und entsprechende Erklärungen zu sammeln, zumal ja auch die Arbeitgeberseite eine solche Lösung im Ergebnis favorisiert.

4. Vereinbarkeit der Entsendelösung mit dem AÜG

a) Anwendbarkeit des AÜG?

Bei den bislang erörterten Tätigkeitsbereichen handelt es sich ausschließlich um Hafendarbeit i. S. des Gesamthafenbetriebesgesetzes vom 3. August 1950 (BGBl I S. 352) und der Satzung des Gesamthafenbetriebs Hamburg v. 30. April 1969. Insoweit greift das AÜG gar nicht ein, da ihm das genannte Gesetz und die auf seiner Grundlage existierenden Satzungen und Tarifverträge als Spezialregeln vorgehen. Nur soweit in Zukunft andere Bereiche erfaßt sein könnten, soll im Folgenden die Vereinbarkeit einer Entsendungslösung mit dem AÜG zum Thema gemacht werden.

b) Wann liegt Arbeitnehmerüberlassung vor?

Nach § 1 Abs. 1 AÜG geht es bei der Arbeitnehmerüberlassung darum, daß einzelne Arbeitnehmer „zur Arbeitsleistung“ überlassen werden. Entscheidend ist, daß die Weisungsbefugnis über die konkrete Tätigkeit des Arbeitnehmers beim „Entleiher“ liegt.

Näher dazu Schüren, Arbeitnehmerüberlassungsgesetz, Kommentar, München 1994, § 1 Rn. 93 ff.; Ulber, Arbeitnehmerüberlassungsgesetz und Arbeitnehmerentsendegesetz, Kommentar, Frankfurt/Main 1998, § 1 AÜG Rn. 14 ff.

Inwieweit diese Voraussetzung bei konzerninternen Vorgängen erfüllt ist, bestimmt sich nach den Umständen des Einzelfalls.

Verfügt die Geschäftsführung einer Tochtergesellschaft über soviel Autonomie, daß sie den Einsatz der Arbeitskräfte im wesentlichen selbst steuert, so liegt Arbeitnehmerüberlassung vor. Ist sie auf der anderen Seite jedoch lediglich ausführendes Organ der Konzernspitze, zu der die Arbeitsverhältnisse bestehen, liegt keine Arbeitnehmerüberlassung vor.

Ulber, a. a. O., § 1 AÜG Rn. 248

Wie die Kompetenzverteilung zwischen der **Konzernspitze** und den Leitungen der Tochtergesellschaften in Zukunft beschaffen sein wird, ist für den Gutachter nicht ersichtlich. Insoweit **kann der Tatbestand einer Arbeitnehmerüberlassung nicht von vorne herein ausgeschlossen werden.**

c) Die Konzernklausel

§ 1 Abs. 3 Nr. 2 AÜG nimmt die konzerninterne Arbeitnehmerüberlassung vom Anwendungsbereich des Gesetzes aus, soweit sie „vorübergehenden“ Charakter besitzt. Zwar wird dieses Merkmal weit interpretiert, so daß auch eine mehrjährige Tätigkeit darunter fallen kann. Notwendig ist jedoch eine „Rückkehrperspektive“, von der nicht die Rede sein kann, wenn die Tätigkeit im Prinzip auf Dauer bei der betreffenden Tochtergesellschaft zu erbringen ist.

S. den ähnlichen Fall aus dem Bereich eines Luftfahrtunternehmens bei LAG Hessen DB 2000, 1968

d) Vermutung der Arbeitsvermittlung

Greift die Ausnahmebestimmung des § 1 Abs. 3 Nr. 2 AÜG nicht und dauert der Einsatz länger als ein Jahr, so wird nach § 1 Abs. 2 AÜG Arbeitsvermittlung vermutet.

LAG Hessen a. a. O. (nicht rechtskräftig)

Dies hat allerdings nicht die Entstehung eines Arbeitsverhältnisses zu der in Frage stehenden Tochtergesellschaft zur Folge, da es hierfür einer Rechtsgrundlage bedürfte, die seit der Aufhebung des § 13 AÜG nicht mehr existiert.

So BAG DB 2000, 2126

Die Rechtsfolge der von § 1 Abs. 2 AÜG vermuteten unzulässigen Arbeitnehmerüberlassung besteht unter diesen Umständen lediglich darin, daß entsprechenden Versetzungsanordnungen nicht mehr Folge geleistet werden muß.

LAG Hessen DB 2000, 1968

Ob davon Gebrauch gemacht würde, erscheint eher unwahrscheinlich, kann jedoch auch nicht generell ausgeschlossen werden.

e) Lösungsvorschlag

Will man derartige Schwierigkeiten von vorneherein **aus dem Weg räumen**, sollte die HHLA für sich eine Erlaubnis zur Arbeitnehmerüberlassung und zur Arbeitsvermittlung erwirken. Daß auch letztere einem Unternehmen gegeben werden kann, dessen geschäftlicher Schwerpunkt auf einem ganz anderen Bereich als dem der Arbeitsvermittlung liegt, ist in der Rechtsprechung vor kurzem am Beispiel eines großen Luftverkehrsunternehmens bejaht worden.

LAG Hessen DB 2000, 1969, wonach im konkreten Fall an der Zuverlässigkeit und Eignung des Unternehmens (wohl: Luft-hansa) kein Zweifel bestand.

V. Sicherung einer Mehrheitsbeteiligung der Freien und Hansestadt Hamburg an der HHLA und ihren Töchtern

1. Die Vorschläge des Betriebsrats

Bei den Verhandlungen über eine Betriebsvereinbarung aus Anlaß der geplanten Bildung von Tochtergesellschaften hat der Betriebsrat in Form der §§ 7 - 10 seines Entwurfs eine Reihe von Vorschlägen gemacht. Drei Punkte bedürfen der besonderen Hervorhebung:

- Der „beherrschende Einfluß“ der Freien und Hansestadt Hamburg auf die HHLA muß erhalten und auch für die Zukunft sichergestellt werden.
- Die HHLA wird an ihren Tochtergesellschaften stets eine Mehrheit von mindestens 50,1 % der Anteile behalten.
- Beteiligungspartner müssen bestimmten Kriterien entsprechen. Was die HHLA betrifft, so wird die Einbringung von Fremdkapital und Eigengeschäften „und damit Beschäftigungssicherung für die HHLA-Mitarbeiter“ verlangt. Auch sei die „Hamburg-zentrierte Position“ der HHLA zu gewährleisten. Bei den Tochtergesellschaften wird darauf abgestellt, daß die Beteiligungspartner nicht nur die bestehenden und künftigen Tarife sowie die Betriebs- und Konzernbetriebsvereinbarungen respektieren, sondern daß sie auch die Standortinteressen der HHLA sowie der Freien und Hansestadt Hamburg akzeptieren. Die Beteiligung eines Dritten soll überdies der Zustimmung des Aufsichtsrats der HHLA bedürfen. Weiter ist die Zustimmung des Betriebsrats nach § 30 des Betriebsvereinbarungsentwurfs einzuholen.

Im folgenden wird zunächst der Frage nachgegangen, ob die beiden „Majoritätspflichten“ in rechtlich verbindlicher Weise festgeschrieben werden können. Im Anschluß soll es dann um das Problem gehen, inwieweit verbindliche Kriterien für die Auswahl von Beteiligungspartnern festgelegt werden können.

2. Sicherung der beherrschenden Stellung der Freien und Hansestadt Hamburg in der HHLA

a) Die Verpflichtung, nicht über Anteilsrechte zu verfügen

Wer Alleingesellschafter einer AG oder GmbH ist, kann sich wie jede andere Person verpflichten, über seine Anteilsrechte nicht oder nur zu 49,9 % zu verfügen. Eine solche Abmachung bewegt sich im Rahmen der Vertragsfreiheit. § 137 Satz 2 BGB läßt überdies entsprechende Abmachungen in bezug auf sämtliche subjektiven Rechte ausdrücklich zu.

Eine solche Bindung einzugehen, ist auch der öffentlichen Hand erlaubt. Dies gilt jedenfalls dann, wenn sie sich bei der Organisation einzelner Funktionsbereiche privatrechtlicher Formen bedient, also eine Eigengesellschaft in Form einer AG oder GmbH betreibt. Begibt sie sich insoweit bewußt als Gleicher unter Gleichen in den Privatrechtsverkehr, stehen ihr damit auch alle einem anderen Eigentümer zukommenden vertraglichen Gestaltungsmöglichkeiten offen. In der Literatur wird sogar die weitergehende Möglichkeit bejaht, sich im Wege des Stimm-bindungsvertrages zur Wahl zusätzlicher Arbeitnehmervertreter in den Aufsichtsrat zu verpflichten.

Dazu Köstler-Kittner-Zachert, Aufsichtsratspraxis. Handbuch für die Arbeitnehmervertreter im Aufsichtsrat, 6. Aufl., Frankfurt/Main 1999, Rn. 235 ff. m. w. N.

Eine solche Regelung ist insofern „weitergehend“, als sie die ausschließliche Wahrung des öffentlichen Interesses in der Unternehmenspolitik dadurch in Frage stellt, daß ggf. den Arbeitnehmervertretern eine völlig gleichgewichtige Position im Verhältnis zu den Anteilseignervertretern im Aufsichtsrat zukommt.

Zur Frage, inwieweit die Letztentscheidung der öffentlichen Hand erhalten bleiben muß, s. OLG Bremen NJW 1977, 1153 ff.

Davon kann hier jedoch nicht die Rede sein; vielmehr wird das von der Freien und Hansestadt Hamburg wahrgenommene öffentliche Interesse dadurch gesichert, daß sie die Mehrheit der Anteile an der HHLA behält.

b) Vertragspartner

Eine entsprechende vertragliche Regelung kann im Grundsatz gegenüber jedem anderen Rechtssubjekt eingegangen werden. Dies kann beispielsweise auch ein von den Arbeitnehmern gegründeter eingetragener Verein oder die Gewerkschaft sein. Selbst den einzelnen Belegschaftsmitgliedern gegenüber könnte eine solche Bindung eingegangen werden, was in einem Anhang zum Arbeitsvertrag geschehen könnte. Ob auch der Betriebsrat als solcher tauglicher Partner ist, läßt sich nicht mit Sicherheit bestimmen, da es um einen Gegenstand geht, der im BetrVG nicht angesprochen ist, so daß die funktionelle Zuständigkeit zweifelhaft sein könnte.

Zu dieser s. etwa Veit, Die funktionelle Zuständigkeit des Betriebsrats, München 1998

Auch die Tatsache, daß das BAG dem Wirtschaftsausschuß einen Einblick in Verträge über die Veräußerung von Geschäftsanteilen nur insoweit gewähren will, als es um die Festlegung der

Geschäftspolitik geht, spricht eher gegen eine Stellung des Betriebsrats als Vertragspartner.

BAG NZA 1991, 647 = AiB 1991, 437 mit Anm. Grimberg

Möglich wäre jedoch, daß sich die Freie und Hansestadt Hamburg gegenüber den einzelnen Betriebsratsmitgliedern als Person verpflichtet und daß für den Fall des Mitgliederwechsels durch Neuwahlen auch die Position als Vertragspartner übergeht.

c) Individual- oder Tarifvertrag

Ob und in welchem Umfang eine solche Verpflichtung, nicht über die Mehrheit der Anteilsrechte zu verfügen, auch durch Tarifvertrag erreicht werden kann, soll hier nicht vertieft werden. Auf diese Frage kommt es letztlich nur dann an, wenn keine freiwillige Einigung in Sicht ist und deshalb eine Erkämpfung durch Streik in Erwägung gezogen wird.

3. Sicherung der beherrschenden Stellung der HHLA in den Tochtergesellschaften

a) Bindung des HHLA-Vorstandes?

Im Gutachten *Martens* ist die Auffassung entwickelt worden, die Disposition über den Beteiligungsbesitz falle in den Kernbereich der Leitungsmacht nach § 76 AktG (S. 23). Insoweit seien vertragliche Bindungen ausgeschlossen, da sich der Vorstand nicht selbst handlungsunfähig machen dürfe. Außerdem spreche vieles dafür, daß die Veräußerung von Beteiligungen genau wie der Ausschluß des Bezugsrechts der Aktionäre nur mit Zustimmung der Hauptversammlung möglich sei.

b) Bindung der HHLA als solcher

Die Ausführungen zur Eigenständigkeit des Vorstands und dem ggf. bestehenden Zustimmungsrecht der Hauptversammlung gehen insoweit an dem eigentlichen Anliegen der Arbeitnehmerseite vorbei, als es dieser nicht darum geht, den Vorstand als solchen (oder zusätzlich die Hauptversammlung) zu binden. Vielmehr geht es allein darum, die HHLA als juristische Person zu einem bestimmten Verhalten zu verpflichten, d. h. mit ihr einen Vertrag zu schließen, der - ähnlich wie die eben diskutierte Vereinbarung mit der Freien und Hansestadt Hamburg - eine Veräußerung von mehr als 49,9 % der Anteile an den Tochtergesellschaften verbietet. Die eigentliche Frage besteht daher darin, ob auch eine AG eine solche Verpflichtung eingehen und wer bejahendenfalls in einem solchen Fall für sie handeln kann.

Vgl. KK-Mertens, 2. Aufl. 1988, § 76 Rn. 45; vgl. auch § 82 Rn. 8: Die §§ 76 ff. AktG haben lediglich die Rechtsstellung des Unternehmensorgans Vorstand und nicht die rechtliche Position der AG selbst zum Gegenstand. Sie schließen nur eine „Indienstnahme“ des Vorstands aus, können und wollen aber die Verpflichtungsfähigkeit der AG als solcher nicht beschränken.

Auch eine juristische Person des Privatrechts kann sich - genau wie eine natürliche Person - verpflichten, über bestimmte Rechte nur in eingeschränktem Umfang oder gar nicht zu verfügen. Insoweit gilt dasselbe wie das oben zur Freien und Hansestadt Hamburg Gesagte.

c) Grenzen

Entsprechende Verpflichtungen sind selbstredend nicht beliebig zulässig. Bei natürlichen Personen liegt die Grenze insbesondere im Verbot der sog. Knebelungsverträge, die eine unzumut-

bare Beschränkung der wirtschaftlichen Bewegungsfreiheit mit sich bringen.

BGH NJW 1993, 1587, 1588 m. w. N. aus der früheren Rechtsprechung; s. weiter Däubler, Das Zivilrecht 1, Reinbek 1997, Rn. 1341 ff.

Ob dieselben Grundsätze auch für juristische Personen gelten, mag man angesichts der §§ 291 ff. AktG bezweifeln, die die vollständige Beseitigung der wirtschaftlichen Selbständigkeit einer AG ermöglichen, sofern Gläubiger und etwaige Minderheitsaktionäre einen ausreichenden Schutz erhalten. Zumindest unter Wahrung der dort berücksichtigten Interessen dürfte deshalb eine umfassende „Fremdsteuerung“ einer AG zulässig sein.

Im Ergebnis kann dies allerdings dahinstehen. Beschränkt sich eine Abmachung darauf, bestimmte Anteilsrechte (50,1 %) nicht zu veräußern, so bewegt man sich weit entfernt von jenem Bereich, der bei natürlichen Personen die Frage der Knebelung aufwerfen würde. Dem Vernehmen nach sind entsprechende Abmachungen zwar nicht mit der Arbeitnehmerseite, wohl aber mit großen Kreditgebern durchaus an der Tagesordnung. Ob sich eine solche Bindung für die Entwicklung des Unternehmens im Einzelfall günstig oder ungünstig auswirkt, läßt sich in der Gegenwart nicht beurteilen. Insoweit verhält es sich nicht anders als bei sonstigen langfristigen Verträgen, deren Beachtung sich nachträglich als Fessel, aber auch als „kritische Bremse“ herausstellen kann. Auch ist bei der Würdigung einer derartigen Vereinbarung zu berücksichtigen, daß Arbeitnehmer und ihre Vertreter ein substantielles Eigeninteresse am Unternehmen haben, dessen gute wirtschaftliche Situation ihre Arbeitsplätze sicher macht. Insoweit ist sehr viel stärker als bei der Einschaltung sonstiger Dritter eine „Richtigkeitsgewähr“ bei Entscheidungen über Beteiligungen gegeben. Deshalb ist es schwer verständlich, wenn es im Gutachten Martens auf S. 24 heißt,

ein Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats würde beteiligungspolitische Entscheidungen „zugunsten gegenläufiger Arbeitnehmerinteressen“ blockieren oder filtern.

d) Abschluß der Vereinbarung

Für die HHLA kann nur der Vorstand handeln, dem nach § 78 AktG eine umfassende Vertretungsmacht zusteht. Geht man mit dem Gutachten *Martens* davon aus, daß ähnlich wie beim Ausschluß von Bezugsrechten ein Hauptversammlungsbeschluß notwendig ist, so wäre daran zu denken, auch den Nicht-Veräußerungsvertrag von der Zustimmung der Hauptversammlung abhängig zu machen. In der Praxis werden sich dadurch solange keine wesentlichen Schwierigkeiten ergeben, wie die Freie und Hansestadt Hamburg Alleingesellschafterin der HHLA ist.

Bei näherer Betrachtung dürfte allerdings die Parallele zum Bezugsrechtsausschluß hier nicht zu verfangen: Die Einschaltung der Hauptversammlung erfolgt nur deshalb, um eine Schmälerung des Gesellschaftsvermögens nicht ohne ihre Zustimmung eintreten zu lassen. Um einen solchen Vorgang geht es jedoch nicht: Die Verpflichtung, die Mehrheit an den Tochtergesellschaften nicht aus der Hand zu geben, läßt gerade den vorhandenen Bestand ungeschmälert bestehen.

Genau wie im Falle der Freien und Hansestadt Hamburg kann Vertragspartner, d. h. „Verpflichtungsempfänger“ jede natürliche oder juristische Person sein. Dazu zählt auch die Gewerkschaft ÖTV oder ein von der Belegschaft gegründeter Verein. In bezug auf den Betriebsrat als Gremium ergeben sich dieselben Bedenken, wie sie oben skizziert wurden.

e) Vertragsinhalt

Der Vertragsabschluß schafft Rechtssicherheit in dem Sinn, daß keine Seite in der Lage ist, gegen den Willen der anderen Ver-

änderungen herbeizuführen. Insoweit ist diese Gestaltung gegenüber einer „Grundsatzerklärung“ des Aufsichtsrats vorzuziehen, die bei veränderten Mehrheitsverhältnissen jederzeit wieder rückgängig gemacht werden kann. Auch eine Festschreibung in der Satzung, durch die beispielsweise bestimmte Geschäftsanteile für unveräußerlich erklärt werden könnten, ist für die Arbeitnehmerseite ohne größeres Interesse, da mit 75%iger Mehrheit der Anteilseigner eine solche Satzungsbestimmung jederzeit aufgehoben werden kann. Den Fall auszunehmen, daß sich an einer Tochtergesellschaft zwei verschiedene Interessenten beteiligen, besteht kein Anlaß, da ein Zusammenwirken der neuen Partner und damit ein weitgehender Verlust an Entscheidungskompetenz bei der HHLA nicht ausgeschlossen werden kann.

f) Sicherung der Einhaltung des Vertrags

Der Vertrag, nicht mehr als 49,9 % der Anteilsrechte an den Tochtergesellschaften zu veräußern, hat allerdings nur schuldrechtliche Bedeutung. Die Verfügungsbefugnis des Alleingesellschafters als solche wird dadurch nicht berührt. Trifft man keine Zusatzabreden, wäre z. B. die Veräußerung von 60 % der Geschäftsanteile wirksam. Rechtsfolge wäre allein ein Schadensersatzanspruch des übergangenen Vertragspartners, wobei die besondere Schwierigkeit entstehen würde, daß auch bei schlechtem Geschäftsgang in der Zukunft ein konkret verursachter Schaden so gut wie nie belegbar wäre. Auch die Naturalrestitution nach § 249 Satz 1 BGB führt in aller Regel nicht weiter, da der Dritterwerber die mit ihr verbundene Rückabwicklung („Wiederherstellung des vorher bestehenden Zustands“) beliebig blockieren kann. Als Schutzmechanismen kommen jedoch verschiedene andere Gestaltungsmöglichkeiten in Betracht:

- Zeichnet sich ab, daß eine vertragswidrige Veräußerung vorgenommen werden soll, so steht dem Vertragspartner ein Unterlassungsanspruch zu. Dieser kann durch ein gerichtliches Veräußerungsverbot gesichert werden.

BGHZ 134, 182, 186; BayObLG NJW 1978, 700; Palandt-Heinrichs § 137 Rn. 6

Im Einzelfall kann es allerdings zweifelhaft sein, ob die Veräußerung von Anteilsrechten so frühzeitig bekannt wird, daß noch eine entsprechende Verbotsverfügung erwirkt werden kann.

- Möglich ist weiter, die Veräußerung an Dritte dadurch zu verhindern, daß man sie zur Bedingung für eine Übertragung an den Vertragspartner oder eine andere natürliche oder juristische Person macht. Man vereinbart z. B. eine aufschiebend bedingte Übertragung der über 49,9 % hinaus gehenden Anteilsrechte an den Vertragspartner oder etwa an einen von der Belegschaft zu gründenden eingetragenen Verein. Aufschiebende Bedingung ist die Veräußerung an Dritte, wobei zur Verhinderung eines gutgläubigen Erwerbs eine Festschreibung in der GmbH-Satzung sinnvoll wäre. Der zu bezahlende Preis muß nicht mit dem Verkehrswert der entsprechenden Anteile identisch sein, sondern kann drastisch darunter liegen.

Zur Zulässigkeit einer solchen Konstruktion s. die Nachweise bei Palandt-Heinrichs § 137 Rn. 4

- Möglich ist schließlich, für den Fall der Zuwiderhandlung gegen die Vereinbarung eine ins Gewicht fallende Vertragsstrafe vorzusehen, die an den Vertragspartner oder z. B. an eine gemeinnützige Organisation oder den von den Arbeitnehmern gegründeten Verein bezahlt werden müßte. Ihre Höhe muß

so bestimmt werden, daß die Verletzung der vertraglichen Pflichten sich auch wirtschaftlich nicht mehr lohnt.

Die Verpflichtung, bestimmte Gegenstände nicht zu veräußern, ist als unbefristete möglich. In der Literatur wird allerdings der Standpunkt vertreten, daß spätestens nach 30 Jahren eine Kündigung möglich sein muß.

Großfeld JZ 1988, 937; Palandt-Heinrichs § 137 Rn. 5

Außerdem besteht nach allgemeinen Grundsätzen ein Recht zur fristlosen Kündigung, wenn ein weiteres Festhalten an der Abmachung für eine Seite unzumutbar wird. Allerdings ist den Regeln über den Wegfall der Geschäftsgrundlage entsprechend zunächst über eine Anpassung des Vertrags an die veränderte Situation zu verhandeln.

g) Alternative Gestaltungsmöglichkeiten?

Naheliegender könnte der Gedanke sein, die Veräußerung von Anteilsrechten an Tochtergesellschaften generell von der Zustimmung des Aufsichtsrats abhängig zu machen.

Gegen die Zulässigkeit einer entsprechenden Satzungsbestimmung bei der AG sprechen keine durchgreifenden Bedenken. S. statt aller KK-Mertens § 111 Rn. 74; Hüffer § 111 Rn. 16 ff.

Hätte der Aufsichtsrat eine Zusammensetzung, bei der die Arbeitnehmerseite nicht überstimmt werden kann, wäre damit die Veräußerung zunächst nicht ohne ihre Zustimmung möglich. Allerdings läuft dies nur auf ein suspensives Veto hinaus: Nach § 111 Abs. 4 Satz 4 AktG kann die Hauptversammlung mit einer Mehrheit von drei Vierteln der abgegebenen Stimmen die fehlende Zustimmung des Aufsichtsrats ersetzen. Von daher ist dieser

Weg von eher geringerem Interesse, zumal § 23 Abs. 5 AktG eine von § 111 Abs. 4 Satz 3 und 4 abweichende Regelung ausschließt.

4. Kriterien für die Auswahl der Beteiligungserwerber

Die Verpflichtung, die Anteilsrechte an der HHLA bzw. an Tochtergesellschaften nicht zu veräußern, kann sich auf alle Anteilsrechte erstrecken. Demgegenüber stellt es ein Weniger an Bindung dar, wenn bis zur Grenze von 50 % die Veräußerung zwar möglich ist, inhaltlich jedoch von bestimmten Voraussetzungen abhängen soll. Von daher sind keine rechtlichen Bedenken ersichtlich.

Bezüglich der Mechanismen, die eine Beachtung dieser Verpflichtung sicherstellen, ist auf die obigen Ausführungen Bezug zu nehmen.

5. Zivilrechtlicher Vertrag oder Tarifvertrag?

Auch hier stellt sich die Frage, ob ein normaler zivilrechtlicher Vertrag oder aber ein Firmentarif abgeschlossen wird, der lediglich aus einem obligatorischen Teil bestehen würde. Obwohl sehr vieles für die zweite Alternative spricht, soll an dieser Stelle eine Vertiefung unterbleiben: Solange eine freiwillige Einigung möglich erscheint, kann die Zulässigkeit einer tariflichen Regelung samt der damit verbundenen Möglichkeit zum Arbeitskampf dahingestellt bleiben.