Cornelia Böhm

Die betriebsorganisatorisch eigenständige Einheit und deren Beteiligte nach § 216 b SGB III

Juristische Reihe TENEA / www.jurawelt.com Bd. 117

Cornelia Böhm Die betriebsorganisatorische eigenständige Einheit
117
Juristische Reihe TENEA / www.jurawelt.com

TENEA

Die zunehmend schwierige konjunkturelle Lage in zahlreichen Bereichen der deutschen Wirtschaft zwingt viele Unternehmen zu umfangreichen Restrukturierungsmaßnahmen. Dabei sollen notwendige Personalanpassungsmaßnahmen möglichst sozialverträglich gestaltet werden. Das SGB III sieht in § 216 b für Arbeitgeber die Möglichkeit vor, betriebsorganisatorisch eigenständige Einheiten, sog. beE, zu gründen und durch Geldleistungen der Bundesagentur für Arbeit zu fördern. In diese beE, vielfach auch Transfergesellschaften genannt, wechseln Arbeitnehmer, denen ansonsten betriebsbedingt gekündigt werden müsste. Unter Aufgabe ihres Arbeitsplatzes werden diese nach Feststellung ihrer persönlichen Defizite entsprechend den Bedürfnissen des Arbeitsmarktes qualifiziert (»Qualifizierungsnehmer«) und an andere Arbeitgeber vermittelt. Besondere Bedeutung erlangt das Thema in der betrieblichen Praxis bei Betriebsübergängen, bei Betriebsänderungen, denen reiner Personalabbau zugrunde liegt, und in der Insolvenz. Die Betriebspartner können sich in einem Transfersozialplan auf die Einrichtung einer beE einigen.

Die Arbeit behandelt sämtliche betriebsverfassungsrechtlichen Probleme sowie die individualrechtliche Umsetzung, insbesondere die Gestaltung des in der Praxis bedeutsamen »Dreiseitigen Vertrages«, bei dem Arbeitnehmer sowie bisheriger als auch zukünftiger Arbeitgeber Vertragspartner sind.

Cornelia Böhm wurde 1976 in Heidelberg geboren. Nach dem Abitur 1995 studierte sie bis 2001 Rechtswissenschaften mit Schwerpunkt Arbeitsrecht an der Ruprecht-Karls-Universität in Heidelberg. Das Referendariat absolvierte sie in Heidelberg und in München bei einem deutschen Automobilkonzern im Bereich Arbeits- und Sozialrecht. Ab 2003 erfolgte die Promotion; seither ist sie als Rechtsanwältin in der Kanzlei ihres Vaters in Heidelberg tätig.

TENEA

ISBN 978-3-86504-174-6 32 EUR

TENEA

Juristische Reihe TENEA/www.jurawelt.com Bd. 117

Tenea (ἡ Τενέα), Dorf im Gebiet von Korinth an einem der Wege in die → Argolis, etwas s. des h. Chiliomodi. Sehr geringe Reste. Kult des Apollon Teneates. T. galt im Alt. sprichwörtl. als glücklich, wohl wegen der Kleinheit […]

Aus: K. Ziegler, W. Sontheimer u. H. Gärtner (eds.): *Der Kleine Pauly.* Lexikon der Antike. Bd. 5, Sp. 585. München (Deutscher Taschenbuch Verlag), 1979.

Cornelia Böhm

Die betriebsorganisatorisch eigenständige Einheit und deren Beteiligte nach § 216 b SGB III

TENEA
Bristol Berlin

Cornelia Böhm

Die betriebsorganisatorisch eigenständige Einheit und deren Beteiligte nach § 216 b SGB III

(Juristische Reihe Tenea/www.jurawelt.com; Bd. 117)

Zugleich Ruprecht-Karls-Universität Heidelberg
Dissertation 2006

Gedruckt auf holzfreiem, säurefreiem, alterungsbeständigem Papier

© TENEA Verlag Ltd., Bristol, Niederlassung Deutschland
Berlin 2007
Alle Rechte vorbehalten. All rights reserved.
Digitaldruck und Bindung:
docupoint GmbH · 39108 Magdeburg
Tenea-Graphik: Walter Raabe, Berlin
Printed in Germany 2007

ISBN 978-3-86504-174-6

Für meine Zwillingsschwester Christina

V o r w o r t

Diese Arbeit ist der Juristischen Fakultät der Universität Heidelberg im Sommersemester 2006 als Dissertation vorgelegt worden. Rechtsprechung und Literatur sind bis August 2006 berücksichtigt.

Mein herzlicher, aufrichtiger Dank gilt Herrn Prof. Dr. Gerrick von Hoyningen-Huene für die hilfreiche Unterstützung und stets wohlwollende Betreuung der Arbeit, sowie für die rasche Erstattung des Erstgutachtens. Danken möchte ich auch Herrn Prof. Dr. Thomas Lobinger für die zügige Zweitbegutachtung der Arbeit.

Besonderer Dank gebührt allen, die mich aus der betrieblichen Praxis mit Material unterstützt haben. Ich habe sowohl aus der Wirtschaft als auch aus der Anwaltschaft wertvolle Hinweise erhalten. Danken möchte ich auch Herrn Heinz-Jürgen Eckhardt von der Bundesagentur für Arbeit, Nürnberg.

Nicht ausdrücklich erwähnen müsste ich die uneingeschränkte Unterstützung meiner Familie, die mich ganz selbstverständlich in vielfältiger Weise bei diesem Vorhaben gefördert und bestärkt haben.

Heidelberg, Oktober 2006 Cornelia Böhm

Inhaltsverzeichnis

§ 1 Einführung 1

I. Problemstellung 1

1. Der Grundgedanke der betriebsorganisatorisch eigenständigen Einheit 2
   a) Die unternehmensinterne Einheit 3
   b) Die unternehmensexterne Einheit (Transfergesellschaft) 3
   c) Abgrenzung zu sozialen und kommunalen Beschäftigungsgesellschaften 3
2. Die Beschäftigten der betriebsorganisatorisch eigenständigen Einheit 4
3. Mögliche entscheidungserhebliche Faktoren 5
   a) Gründung einer internen Einheit 5
   b) Gründung oder Kooperation mit einer Transfergesellschaft 6
4. Zielsetzung der Abhandlung 7

II. Arbeitsmarktpolitische Fernziele 7

1. Transfer-Kurzarbeitergeld, § 216 b SGB III 8
2. Sozialverträglicher Personalabbau 9
3. Höhe des Arbeitslosengeldes nach Ausscheiden aus der betriebsorganisatorisch eigenständigen Einheit 10

III. Rechtshistorische Entwicklung 10

1. Einführung des § 63 Abs. 4 AFG 1988 10
2. Entwicklung ab 1990 11
   a) Beschäftigungsförderungsgesetze 1990 und 1994 11
   b) Einführung von § 63 Abs. 5 AFG-DDR zum 1.7.1990 12
   c) Eingliederung des AFG in das SGB III 1998 13
      aa) Arbeitsförderungs-Reformgesetz 1998 13
      bb) Einmalzahlungs-Neuregelungsgesetz 2000 14
   d) JOB-AQTIV-Gesetz 2002 14

3. Neuordnung der Vorschriften zur Einrichtung der betriebsorganisatorisch eigenständigen Einheiten zum 1.1.2004 15

§ 2 Die betriebsorganisatorisch eigenständige Einheit 16

I. Voraussetzungen der Einrichtung einer Einheit 16

1. Betriebsänderung i.S.d. § 111 BetrVG 16
   a) Stilllegung/Einschränkung eines Betriebs/wesentlichen Betriebsteils, § 111 Satz 3 Nr. 1 BetrVG 17
   b) Reiner Personalabbau 19
   c) Sonstige Betriebsänderungen, § 111 Satz 3 Nr. 2-5 BetrVG 22
2. Jede betriebliche Veränderung mit Personalabbau 22
   a) Kleinbetriebe in Kleinunternehmen 22
   b) Öffentlich-rechtliche und kirchliche Betriebe 24
   c) Exkurs: Auswirkungen auf die Förderung nach § 216 b SGB III 25
3. Wesentliche Nachteile für die Belegschaft 26
4. Keine (Transfer-) Sozialplanpflichtigkeit 27
5. Ergebnis 28

II. Rechtsnatur der betriebsorganisatorisch eigenständigen Einheit 28

1. Definition 28
2. Betrieb 28
   a) Arbeitsrechtlicher Betriebsbegriff 29
   b) Arbeitstechnische Zweckbestimmung 29
   c) Eigene Organisations- und Leitungsstruktur 31
3. Betriebsteil oder sonstige Einheit 32
4. Gemeinschaftsbetrieb 33
5. Ergebnis 34

III. Betriebsverfassungsrechtlicher Status der betriebsorganisatorisch eigenständigen Einheit 34

1. Der Betrieb gemäß § 1 Abs. 1 Satz 1 BetrVG 34

a) Grundsätzliche Voraussetzungen 35
b) Die Besonderheit der Einheit 35
2. Der (qualifizierte) Betriebsteil gemäß § 4 Abs. 1 Satz 1 BetrVG 37
3. Die betriebsverfassungsrechtliche Organisationseinheit
nach § 3 Abs. 1 Nr. 3 BetrVG 38
4. Ergebnis 39

IV. Tarifbindung der betriebsorganisatorisch eigenständigen Einheit 39

1. Tarifbindung der internen Einheit 39
2. Tariffähigkeit und Tarifbindung der Transfergesellschaft 40
3. Kein Verstoß des Qualifizierungsverhältnisses
gegen das Günstigkeitsprinzip 40
4. Regelungsbefugnis durch Öffnungsklauseln im Tarifvertrag 41
5. Ergebnis 41

§ 3 Die Beschäftigten der betriebsorganisatorisch eigenständigen Einheit 42

I. Inhalt des Qualifizierungsvertrages 42

1. Hauptpflichten des Qualifizierungsnehmers 42
a) Aufhebung der Arbeitspflicht 42
b) Qualifizierungspflicht 43
aa) Qualifizierung innerhalb der Einheit 43
bb) Qualifizierung durch Beschäftigung bei einem anderen Arbeitgeber . 43
c) Bewerbungspflicht 44
2. Hauptpflichten des Arbeitgebers 44
a) Keine Arbeitsentgeltzahlungspflicht 45
b) Auszahlungspflicht des Transfer-Kurzarbeitergeldes 45
aa) Transfer-Kurzarbeitergeld für Beschäftigung 45
bb) Transfer-Kurzarbeitergeld im Krankheitsfall, § 3 EFZG analog 46
cc) Kein Transfer-Kurzarbeitergeld an gesetzlichen Feiertagen,
§ 2 EFZG analog 48

dd) Wartezeit, § 3 Abs. 3 EFZG analog 48
c) Urlaubsentgelt, § 1 BUrlG analog 50
d) Zahlungspflicht etwaiger Aufstockungsbeträge 51
e) Beschäftigungspflicht 51
3. Nebenpflichten der Vertragsparteien 52
a) Nebenpflichten des Qualifizierungsnehmers 52
b) Nebenpflichten des Arbeitgebers 52
aa) Gesetzliche Nebenpflichten 53
bb) Besondere Nebenpflichten aus dem Qualifizierungsvertrag 53
4. Ergebnis 55

II. Rechtsnatur des Qualifizierungsverhältnisses 55

1. Kein Arbeitsverhältnis, § 611 BGB 55
a) Qualifizierungsverhältnis 56
b) Abgrenzung zum Arbeitsverhältnis der Mitarbeiter der Einheit 57
2. Modifiziertes ursprüngliches Arbeitsverhältnis, § 611 BGB? 58
3. Berufsausbildungsverhältnis, § 3 BBiG? 58
4. Arbeitsverhältnis eigener Art, §§ 611, 311 Abs. 1 BGB 59
a) Eigenart der Leistungspflicht 59
b) Vertragsparteien 60
c) Geschäftsgrundlage 61
d) Befristung, § 14 TzBfG analog 62
aa) Generelles Erfordernis der Befristung 62
bb) Anwendbarkeit des TzBfG 63
cc) Vertrag mit Transfergesellschaft, § 14 Abs. 2 TzBfG analog 63
dd) Vertrag mit bisherigem Arbeitgeber,
§ 14 Abs. 1 Satz 2 Nr. 6 TzBfG analog 64
e) Form 65
f) Qualifizierungszeit und Qualifizierungsort 66
g) Sozialversicherungsrechtlicher Inhalt 66
5. Exkurs 69
6. Ergebnis 69

III. Betriebsverfassungsrechtlicher Status der Qualifizierungsnehmer 69

1. Allgemeiner arbeitsrechtlicher Arbeitnehmerbegriff 70
2. Keine Eingliederung in den Betrieb als Angestellte/Arbeiter 70
3. Keine Eingliederung in den Betrieb als zur Berufsausbildung Beschäftigte 71
   a) Zur Berufsausbildung Beschäftigte nach BBiG und BetrVG 71
   b) *BAG*-Rechtsprechung zu den zur Berufsausbildung Beschäftigten nach § 5 Abs. 1 BetrVG 72
   c) Geltung auch für Qualifizierungsnehmer? 73
4. Konsequenzen für Wahlberechtigung und Wählbarkeit §§ 7, 8 BetrVG 74
5. Exkurs: Vereinbarungen gemäß § 3 BetrVG 74
6. Ergebnis 75

§ 4 Rechtsgrundlagen für den Transfer in die betriebsorganisatorisch eigenständige Einheit 76

I. Transfer in die externe betriebsorganisatorisch eigenständige Einheit (Transfergesellschaft) 76

1. Vertragsfreiheit des Arbeitnehmers 76
2. Aufhebungsvertrag und zeitlich getrennter Qualifizierungsvertrag 77
3. Dreiseitiger Vertrag als Aufhebungs- und Qualifizierungsvertrag 77
4. Kündigung des Arbeitsverhältnisses und Abschluss des Qualifizierungsvertrag innerhalb der Kündigungsfrist 79
5. Ergebnis 80

II. Transfer in die interne betriebsorganisatorisch eigenständige Einheit 80

1. Änderungsvertrag als Aufhebungs- und Qualifizierungsvertrag, § 311 Abs. 1 BGB 80
   a) Ruhen des bisherigen Arbeitsverhältnisses 80
   b) Beendigung des bisherigen Arbeitsverhältnisses 81
      aa) Nachträgliche Befristung des unbefristeten Arbeitsverhältnisses 81

bb) Arbeitsrechtliche Befristungskontrolle 82
cc) Analoge Anwendung auf das Qualifizierungsverhältnis 83
c) Ausnahme: Gesetzlicher Sonderkündigungsschutz 83
d) Zwischenergebnis 84
2. Direktionsrecht, § 106 GewO 84
a) Vertraglicher Umfang des Direktionsrechts 85
aa) Mitarbeiter 85
bb) Zukünftige Qualifizierungsnehmer 86
cc) Versetzungsgeschützte Arbeitnehmer 87
(1) Betriebsratsmitglieder 88
(2) Schwerbehinderte Menschen 90
b) Zwischenergebnis 90
3. Betriebsbedingte (Massen-) Änderungskündigung, § 2 KSchG 91
a) Erforderliche Beachtung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes 91
b) Inhalt der Änderungskündigung 93
c) Soziale Rechtfertigung der Änderungskündigung bei Beschäftigung in der betriebsorganisatorisch eigenständigen Einheit 94
aa) Änderung des unbefristeten Arbeitsverhältnisses in ein befristetes Arbeitsverhältnis oder Arbeitsverhältnis eigener Art 94
bb) Zumutbarkeit der Weiterbeschäftigung für Mitarbeiter, § 1 Abs. 2 Satz 3 2. HS i.V.m. § 1 Abs. 2 Satz 2 Nr. 1 b) KSchG 95
cc) Zumutbarkeit der Weiterbeschäftigung für Qualifizierungsnehmer, § 1 Abs. 2 Satz 3 2. HS i.V.m. § 1 Abs. 2 Satz 2 Nr. 1 b) KSchG 95
d) Sonderfall: außerordentliche Änderungskündigung, § 2 KSchG analog .. 97
aa) Wichtiger Grund i.S.d. § 626 Abs. 1 BGB 98
bb) Interessenabwägung 99
cc) Rechtsfolgen 100
e) Zwischenergebnis 101
4. Ergebnis 101

III. Aufhebungs- und Qualifizierungsvertrag mit Arbeitnehmern unter Sonderkündigungsschutz 101

1. Kein Kündigungsschutz bei Betriebs(teil)stilllegung 102

2. Gesetzlicher Sonderkündigungsschutz 103
3. Vertraglicher und kollektivrechtlicher Sonderkündigungsschutz 104
a) Ausschluss der ordentlichen Kündbarkeit 104
b) Kein Ausschluss der außerordentlichen Kündbarkeit 107
c) Auswirkungen auf den Wechsel in die betriebsorganisatorisch eigenständige Einheit und die Förderung nach § 216 b SGB III 109
d) Stellungnahme 111
4. Ergebnis 113

§ 5 Ausscheiden aus der betriebsorganisatorisch eigenständigen Einheit 114

I. Ende durch Befristung/Eintritt der auflösenden Bedingung..... 114

II. Aufhebungsvereinbarung 114

III. Die ordentliche Kündigung 115

1. Kündigung des Qualifizierungsnehmers 115
a) Kündigungsgründe 115
b) Kündigungsfristen 116
2. Kündigung des Arbeitgebers 116
a) Anwendbarkeit des KSchG auf Qualifizierungsverhältnisse 117
b) Geltungsbereich des KSchG 118
aa) Betriebsorganisatorisch eigenständige Einheit als Betrieb i.S.d. § 23 Abs. 1 KSchG 118
bb) Schwellenwert, § 23 Abs. 1 Satz 3 KSchG analog 119
cc) Wartezeit, § 1 Abs. 1 KSchG analog 120
dd) Zwischenergebnis 121
c) Kündigung im Geltungsbereich des KSchG 121
d) Kündigung außerhalb des Geltungsbereichs des KSchG 122
3. Ergebnis 123

IV. Die außerordentliche Kündigung, § 626 Abs. 1 BGB 123

1. Kündigung des Qualifizierungsnehmers 124
   a) Vermittlung in neues Arbeitsverhältnis als wichtiger Grund i.S.d. § 626 Abs. 1 BGB 124
   b) Interessenabwägung 124
   c) Kein Ausschluss der Kündigung nach § 626 Abs. 2 BGB 125
2. Kündigung des Arbeitgebers 126
   a) Qualifizierungs- und Bewerbungsverweigerung als wichtiger Grund i.S.d. § 626 Abs. 1 BGB 126
   b) Interessenabwägung 127
   c) Soziale Auslauffrist 128
   d) Ausschluss der Kündigung nach § 626 Abs. 2 BGB 128
3. Ergebnis 129

V. Ruhen des Qualifizierungsverhältnisses 129

1. Suspendierung der Hauptleistungspflichten 129
2. Rückkehr in die betriebsorganisatorisch eigenständige Einheit 130
3. Ergebnis 130

VI. Gesetzlicher Sonderkündigungsschutz 130

1. Mutterschutz, § 9 MuSchG und Elternzeit, § 18 BErzGG 131
2. Schwerbehinderung, §§ 85, 91 SGB IX 132
3. Ergebnis 133

§ 6 Die betriebsorganisatorisch eigenständige Einheit als Bestandteil des Transfersozialplans **134**

I. Allgemeine Funktion des Transfersozialplans **134**

1. Abkehr vom Abfindungssozialplan 135
2. Transfergedanke des (Transfer-) Sozialplans 136
3. Ergebnis 137

II. Inhalt des Transfersozialplans 138

1. Exklusivitätsverhältnis zwischen Interessenausgleich und Sozialplan 138
2. Vereinbarter Sozialplan 139
   a) Arbeitsrechtlicher Gleichbehandlungsgrundsatz 139
   b) Gleichbehandlungsgrundsatz beim Ausgleich wirtschaftlicher Nachteile 140
3. Von der Einigungsstelle beschlossener Sozialplan 142
   a) Ermessensrahmen der Einigungsstelle, § 112 Abs. 5 BetrVG 142
   b) Verhältnis von § 112 Abs. 5 Satz 2 Nr. 1-3 BetrVG zu § 2 Abs. 2 Satz 2 SGB III und § 92a BetrVG 143
   c) Soziale Belange der betroffenen Arbeitnehmer und wirtschaftliche Vertretbarkeit der Entscheidung, § 112 Abs. 5 Satz 1 BetrVG 144
   d) Gegebenheiten des Einzelfalls, § 112 Abs. 5 Satz 2 Nr. 1 BetrVG 145
   e) Aussichten auf dem Arbeitsmarkt und Zumutbarkeit der Weiterbeschäftigung, § 112 Abs. 5 Satz 2 Nr. 2 145
      aa) Aussichten auf dem Arbeitsmarkt 146
      bb) Zumutbarkeit der Weiterbeschäftigung 146
      cc) Beschäftigung in der betriebsorganisatorisch eigenständigen Einheit zumutbar? 147
   f) Fördermöglichkeiten nach dem SGB III, § 112 Abs. 5 Satz 2 Nr. 2a BetrVG 148
      aa) Reichweite der Berücksichtigungspflicht 149
      bb) Erzwingbare Einrichtung einer betriebsorganisatorisch eigenständigen Einheit? 150
   g) Fortbestand des Unternehmens, § 112 Abs. 5 Satz 2 Nr. 3 BetrVG 151
4. Ergebnis 152

III. Rechtswirkungen des Transfersozialplans 152

1. Kein Tarifvorbehalt 153
2. Günstigkeitsprinzip 154
   a) Vergleichszeitpunkt 154
   b) Sachgruppenvergleich 154
3. Betriebsorganisatorisch eigenständige Einheit versus Abfindung 155

4. Ergebnis 157

IV. Kündigung und Änderung eines Transfersozialplans 157

1. Einvernehmliche Änderung 158
2. Einseitiges Änderungsverlangen 159
   a) Ordentliche oder außerordentliche Kündigung 159
   b) Störung der Geschäftsgrundlage, § 313 BGB 160
      aa) Formale Voraussetzungen 161
      bb) Inhaltliche Änderungen 162
3. Nachschusspflicht des personalabgebenden Betriebes? 164
4. Ergebnis 164

V. Finanzierung des Transfersozialplans 165

1. Sozialplankosten 165
   a) Abfindungskosten 165
   b) Personalkosten 166
2. Transferkosten 166
   a) Remanenzkosten 166
   b) Qualifizierungskosten 167
3. Abwicklungskosten 167
4. Mittelzuschüsse aus dem ESF 169
5. Ergebnis 170

§ 7 Mitbestimmung des Betriebsrats 171

I. Mitbestimmung bei Kündigungen 171

1. Mitbestimmung nach § 102 BetrVG 171
2. Mitbestimmung nach § 103 Abs. 1, Abs. 2 BetrVG 172
3. Ergebnis 173

II. Mitbestimmung bei Versetzungen 173

1. Betriebsverfassungsrechtlicher Versetzungsbegriff, § 95 Abs. 3 BetrVG 173
2. Mitbestimmung nach § 99 BetrVG 174
   a) Doppelte Betriebsbezogenheit 175
   b) Mitarbeiter 176
   c) Zukünftige Qualifizierungsnehmer 178
3. Mitbestimmung in besonderen Fällen nach § 103 Abs. 3 BetrVG 179
4. Rechtsfolgen bei betriebsverfassungswidrigen Versetzungen 180
5. Ergebnis 180

III. Mitbestimmung in sozialen Angelegenheiten,
§ 87 Abs. 1 Nr. 8 BetrVG 181

1. Die betriebsorganisatorisch eigenständige Einheit –
   eine Sozialeinrichtung i.S.d. § 87 Abs. 1 Nr. 8 BetrVG? 181
   a) Begriff der Sozialeinrichtung 181
   b) Beschluss des *BAG* vom 23.8.2001 zu § 2 Abs. 1 Nr. 4 b) ArbG..... 182
   c) Anwendbarkeit auf die betriebsorganisatorisch eigenständige Einheit 183
2. Inhalt des Mitbestimmungsrechts 186
   a) Errichtung und Schließung der Sozialeinrichtung 186
   b) Form, Ausgestaltung und Verwaltung der Sozialeinrichtung 187
   c) Stellungnahme 188
3. Ergebnis 188

§ 8 <u>Arbeitsrechtliche und arbeitsförderungsrechtliche Einzelfragen</u> 189

I. Problematik des § 613 a BGB beim dreiseitigen Vertrag 189

1. Kein Betriebsübergang i.S.d. § 613 a Abs. 1 Satz 1 BGB
   auf Transfergesellschaft 189
2. Mögliche Umgehung des Kündigungsverbots
   nach § 613 a Abs. 4 Satz 1 BGB 191
3. Stellungnahme 193
4. Ergebnis 195

II. Analoge Anwendung arbeitsrechtlicher Schutzvorschriften auf den Qualifizierungsvertrag 196

1. Kein Teilzeitanspruch in der betriebsorganisatorisch eigenständigen Einheit 196
   a) Keine Anknüpfung an das Qualifizierungsverhältnis 196
   b) Keine Anknüpfung an das ursprüngliche Arbeitsverhältnis 197
2. Mutterschutz und Elternzeit 197
   a) Mutterschutz, §§ 2 ff. MuSchG 197
   b) Elternzeit, §§ 15 ff. BErzGG 198
3. Bezug von Krankengeld 198
   a) Anspruch dem Grunde nach 198
   b) Höhe des Anspruchs 199
4. Ergebnis 200

III. Mitwirkungspflichten der Vertragsparteien gegenüber der Arbeitsverwaltung bei Gewährung von Transfer-Kurzarbeitergeld, § 216 b SGB III 200

1. Mitwirkungspflicht des Qualifizierungsnehmers 201
   a) Meldung als arbeitssuchend 201
   b) Rechtsfolge 202
2. Mitwirkungspflichten des bisherigen Arbeitgebers 202
   a) Anzeige des Arbeitsausfalls, § 216 b Abs. 5 SGB III 202
   b) Keine Massenentlassungsanzeige, § 17 Abs. 1 KSchG 202
3. Mitwirkungspflichten des neuen Arbeitgebers 204
   a) Mitteilung der Beschäftigungsstruktur und Integrationsquote 204
   b) Unterbreitung von Vermittlungsangeboten 204
   c) Rechtsfolgen 204
4. Ergebnis 205

§ 9 Die betriebsorganisatorisch eigenständige Einheit in der Insolvenz 206

I. Gläubigerbefriedigung mittels (übertragender) Sanierung 206

1. Allgemeine Gründe für die Unternehmensfortführung 206
2. Grundkonzept 207
3. Betriebliche Voraussetzungen nach §§ 111 ff. BetrVG i.V.m. InsO 208
a) Betroffener Personenkreis bei insolvenzbedingtem Personalabbau 208
b) Kündigungsschutz, §§ 125, 126 InsO 209
c) Transfersozialplan in der Insolvenz 211
aa) Inhalt und Umfang 211
bb) Nachteile der Abfindungsleistungen 212
4. Ergebnis 213

II. Interessenkollisionen (übertragende) Sanierung mit § 613 a BGB 213

1. Fortführung des Altbetriebes 213
2. Betriebsübergang nach § 613 a BGB 213
3. Regelungszweck der dreiseitigen Verträge 214
a) Gründung einer Produktionsgesellschaft 214
b) Betriebsübernahme 215
4. Leih- und Zeitarbeit durch die Transfergesellschaft 215
5. Ergebnis 216

III. Rechtliche Einordnung der dreiseitigen Verträge anhand der Dörries-Scharmann-Entscheidungen des *BAG* 216

1. Sachverhalt 217
2. Stellungnahme und rechtliche Bewertung 217
3. Rechtsfolgen 220
4. Ergebnis 221

IV. Insolvenz der Transfergesellschaft 221

1. Wirtschaftliche Situation 221
2. Ausblick 222

§ 10 Schlussthesen 223

L i t e r a t u r v e r z e i c h n i s

***Annuß, Georg*:** Betriebsübergang in der Insolvenz – § 613 a BGB als Sanierungshindernis? ZInsO 2001, S. 49-56

***Annuß, Georg / Stamer, Katrin*:** Die Kündigung des Betriebsveräußerers auf Erwerberkonzept, NZA 2003, S. 1247-1249, zugleich Anm. zu BAG vom 20.3.2003 – 8 AZR 97/02

***Annuß, Georg / Thüsing, Gregor*:** Teilzeit- und Befristungsgesetz – Kommentar, 2. Auflage Heidelberg 2006 (*zit.: Annuß/Thüsing/Verf.*)

Arbeitsrechts-Blattei Systematische Darstellung: Dieterich, Thomas / Neef, Klaus / Schwab, Brent (Hrsg.) – Heidelberg Stand August 2006

***Ascheid, Reiner / Preis, Ulrich / Schmidt, Ingrid*:** Kündigungsrecht – Großkommentar zum gesamten Recht der Beendigung von Arbeitsverhältnissen, 2. Auflage München 2004 (*zit.: APS/Verf.*)

***Bachner, Michael / Schindele, Friedrich*:** Beschäftigungssicherung durch Interessenausgleich und Sozialplan, NZA 130-136

***Bauer, Jobst-Hubertus*:** Arbeitsrechtliche Aufhebungsverträge, 7. Auflage München 2004 (*zit.: Bauer,* Aufhebungsverträge)

***Bauer, Jobst-Hubertus*:** Aktuelle Probleme des Personalabbaus im Rahmen von Betriebsänderungen Teil I und Teil II, DB 1994, S. 217-227 und S. 274-278

***Bauer, Jobst-Hubertus / Röder, Gerhard*:** Taschenbuch zur Kündigung, 2. Auflage Heidelberg 2000

***Baumbach, Adolf / Hopt, Klaus J.*:** Handelsgesetzbuch – Kommentar, 32. Auflage München 2006

***Bernstein, Rainer*:** Anm. zu BAG vom 21.11.1996 – 2 AZR 357/95, AP Nr. 130 zu § 626 BGB

***Bertzbach, Martin*:** Verhindert die Anwendung des Kündigungsschutzgesetzes die Sanierung von Unternehmen? In: Festschrift für Peter Hanau – Köln 1999, S. 173-195

***Bichlmeier, Wilhelm / Engberding, Antonius / Oberhofer, Hermann*:** Insolvenzhandbuch – Ein rechtlicher und betriebswirtschaftlicher Leitfaden, 2. Auflage Frankfurt/M. 2003

***Bieback, Karl-Jürgen*:** Sozialrechtliche Gestaltung des laufenden Arbeitsverhältnisses durch das neue SGB III – Allgemeine Grundsätze und Pflichten, Kurzarbeitergeld und subventionierte Beschäftigung, ArbuR 1999, S. 209-219

***Boemke-Albrecht, Burkhard*:** Die Versetzung von Betriebsratsmitgliedern, BB 1991, S. 541-548

***Boemke, Burkhard*:** Schwerbehinderung und Namensliste in der Insolvenz, NZI 2005, S. 209-212

***Bröhl, Knut*:** Die Orlando-Kündigung – Zwischenwort zur außerordentlichen ordentlichen Kündigung tariflich unkündbarer Arbeitnehmer, in: Festschrift für Günter Schaub – München 1998, S. 55-73

***Buchner, Herbert / Becker, Ulrich*:** Mutterschutzgesetz und Bundeserziehungsgeldgesetz – Kommentar, 7. Auflage München 2003

***Compensis, Ulrike*:** Sozialrechtliche Auswirkungen der stufenweisen Wiedereingliederung arbeitsunfähiger Arbeitnehmer nach § 74 SGB V, NZA 1992, S. 631-637

***Däubler, Wolfgang*:** Tarifvertragsgesetz mit Arbeitnehmer-Entsendegesetz, Kommentar, 2. Auflage Baden-Baden 2006 (*zit.: Däubler/Verf.*)

***Däubler, Wolfgang / Kittner, Michael / Klebe, Thomas (Hrsg)*:** Betriebsverfassungsgesetz, 10. Auflage Köln 2006 (*zit.: DKK/Verf.*)

Dörner, Hans-Jürgen: Der befristete Arbeitsvertrag – Eine systematische Darstellung des Befristungsrechts, München 2004

***Dornbusch, Gregor / Wolff, Alexander*:** Paradigmenwechsel bei Massenentlasungen – Anmerkungen zum EuGH-Urteil vom 27.1.2005, BB 2005, 331 – Junk, BB 2005, S. 885-888

***Eckhardt, Heinz-Jürgen*:** Gewährung von Kurzarbeitergeld (Kug) nach § 175 SGB III an Arbeitnehmer in Beschäftigungsgesellschaften, AuB 2000, S. 100-104

***Ehler, Karl*:** Unbeachtlichkeit tarifrechtlicher Kündigungsschutzregelungen bei der personellen Konkretisierung der Sozialauswahl, BB 1994, S. 2068-2069

***Eicher, Wolfgang / Schlegel, Rainer*:** SGB III Sozialgesetzbuch Drittes Buch – Arbeitsförderung, Loseblattsammlung, Neuwied/Kriftel/Berlin Stand April 2005 (*zit.: Eicher/Schlegel/Verf.*)

***Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht*:** Dieterich, Thomas / Preis, Ulrich / Müller-Glöge, Rudi / Schaub, Günter (Hrsg.), 6. Auflage München 2006 (*zit.: ErfK/Verf.*)

***Erman Bürgerliches Gesetzbuch*:** Westermann, Harm Peter (Hrsg.) Bd. 1, Handkommentar, 11. Auflage Münster 2004 (*zit.: Erman/Verf.*)

***Filzek, Johannes*:** Die beiden Gesichter von Beschäftigungs- und Qualifizierungsgesellschaften, AiB 1998, S. 661-663

***Fitting, Karl*:** Kaiser, Heinrich / Heither, Friedrich / Engels, Gerd / Schmidt, Ingrid: Betriebsverfassungsgesetz – Handkommentar, 21. Auflage München 2002 (*zit.: F/K/H/E/S*)

***Fitting, Karl*:** Engels, Gerd / Schmidt, Ingrid / Trebinger, Yvonne / Linsenmaier, Wolfgang: Betriebsverfassungsgesetz – Handkommentar, 23. Auflage München 2006 (*zit.: Fitting*)

***Frischmann, Georg*:** Tarifliche Unkündbarkeit nach dem BAT in der außeruniversitären Forschung, ZTR 1996, S. 344-349

***Gänßbauer, Bianca*:** Beschäftigungs- und Qualifizierungsgesellschaften zur Unternehmenssanierung in der Insolvenz, Diss. Hamburg 2002

***Gagel, Alexander*:** Sozialgesetzbuch III – Arbeitsförderung – Bd. 1 u. 2, Kommentar, Loseblattsammlung, München Stand 25. Juni 2006 (*zit.: Gagel/Verf.*)

***Gagel, Alexander*:** § 2 SGB III: Schlüssel zum eingliederungsorientierten Kündigungsrecht und zu Transfer-Sozialplänen, BB 2001, S. 358-363

***Gaul, Björn / Bonanni, Andrea / Otto, Björn*:** Hartz III: Veränderte Rahmenbedingungen für Kurzarbeit, Sozialplanzuschüsse und Transfermaßnahmen, DB 2003, S. 2386-2390

***Gaul, Björn / Kliemt, Michael*:** Aktuelle Aspekte einer Zusammenarbeit mit Beschäftigungsgesellschaften, NZA 2000, S. 674-678

***Gaul, Björn / Otto, Björn*:** Aktuelle Aspekte einer Zusammenarbeit mit Beschäftigungsgesellschaften, NZA 2004, S. 1301-1308

***Gaul, Dieter*:** Wechselbeziehungen zwischen Direktionsrecht und Sozialauswahl, NZA 1992, S. 673-679

***Gemeinschaftskommentar zum Arbeitsgerichtsgesetz*:** Ascheid, Reiner / Bader, Peter u.a. (Hrsg.), Kommentar, Loseblattsammlung, Neuwied/Kriftel Stand März 2006 (*zit.: GK-ArbGG/Verf.*)

***Gemeinschaftskommentar zum Betriebsverfassungsgesetz*:** Wiese, Günther / Kreutz, Peter / Oetker, Hartmut / Raab, Thomas / Weber, Christoph / Franzen, Martin (Hrsg.), Bd. 1 u. 2, 8. Auflage München/Neuwied 2005 (*zit.: GK-BetrVG/Verf.)*

***Gemeinschaftskommentar zum Kündigungsschutzgesetz und zu sonstigen kündigungsschutzrechtlichen Vorschriften*:** Becker, Friederich / Etzel, Gerhard / Bader, Peter / Fischermeier, Ernst / Friedrich, Hans-Wolf / Lipke, Gert-Albert / Pfeiffer, Thomas / Rost, Friedhelm / Spilger, Andreas Michael / Vogt, Norbert / Weigand, Horst / Wolff, Ingeborg, 7. Auflage München 2004 (*zit.: KR/Verf.*)

***Gemeinschaftskommentar zum SGB VI*:** Lueg, Heinz Werner / v. Maydell, Bernd Baron / Ruland, Franz (Hrsg.), Kommentar, Loseblattsammlung, Neuwied/Kriftel Stand August 2006

***Gitter, Wolfgang*:** Arbeitsrechtliche Probleme der stufenweisen Wiedereingliederung arbeitsunfähiger Arbeitnehmer, ZfA 1995, S. 123-179

***Grau, Timon*:** Rechtsbeziehungen nach Widerspruch gegen den Übergang des Arbeitsverhältnisses bei Betriebsübergang, MDR 2005, S. 491-495

***Groeger, Axel*:** Probleme der außerordentlichen betriebsbedingten Kündigung ordentlich unkündbarer Arbeitnehmer, NZA 1999, S. 850-855

***Growe, Dietrich*:** Strukturkurzarbeitergeldvereinbarungen, AiB 1998, S. 260-269

***Haase, Rolf*:** Betrieb, Unternehmen und Konzern im Arbeitsrecht, NZA 1988, Beil. 3, S. 11-17

***Hanau, Peter*:** Probleme der Mitbestimmung des Betriebsrats über den Sozialplan, ZfA 1974, S. 89-121

***Hanau, Peter*:** Perversion und Prävention bei § 613 a BGB, ZIP 1998, S. 1817-1822

***Hauck, Karl / Noftz, Wolfgang / Schmalz, Hans-Joachim*:** SGB III – Arbeitsförderung – Bd. 1 u. 2, Kommentar, Loseblattsammlung, Berlin Stand Juli 2002

***Heidelberger Kommentar zum Kündigungsschutzrecht*:** Dorndorf, Eberhard u.a., 4. Auflage Heidelberg 2001 (*zit.: HK-KSchG/Verf.*)

***Heinrich, Christian*:** Das Insolvenzarbeitsrecht – ein Weg aus der Krise? Hamburg 2004

***Heither, Martin*:** Sozialplan und Sozialrecht **–** Der Einfluss von Förderungsmöglichkeiten auf die Gestaltung von Interessenausgleich und Sozialplan, Diss. Berlin 2002

***Heither, Friedrich / Heither, Ulrike / Schönherr, Rudolf (Hrsg.)*:** ArbGG – Arbeitsgerichtsgesetz – Kommentar, Loseblattsammlung, Berlin Stand Mai 2006 (*zit.: Heither: ArbGG*)

***Hermann, Markus*:** Der Transfer-Sozialplan in der reformierten Betriebsverfassung – Ein Instrument zur Bewältigung von Personalabbauprozessen, Diss. Frankfurt/M. 2003

***Herschel, Wilhelm*:** Zur Absicherung gewerkschaftlicher Vertrauensleute durch Firmentarifvertrag (zum Urteil des ArbG Kassel vom 5.8.1976), ArbuR 1977, S. 137-143

***Hess, Harald / Schlochauer, Ursula / Worzalla, Michael / Glock, Dirk*:** Kommentar zum Betriebsverfassungsrecht, 6. Auflage München 2003 (*zit.: HSWG/Verf.*)

***Hoehl, Stefan / Grimmke, Ulf*:** SGB III – Leistungen an Arbeitgeber nach den Hartz-Reformen, NZS 2004, S. 345-350

***v. Hoyningen-Huene, Gerrick*:** Betriebsverfassungsrecht, 5. Auflage München 2002

***v. Hoyningen-Huene, Gerrick*:** Das unbekannte Management-Handbuch: Das Betriebsverfassungsgesetz, in: Festschrift für Otto Rudolf Kissel – München 1994, S. 387-416

***v. Hoyningen-Huene, Gerrick*:** Die wirtschaftliche Vertretbarkeit von Sozialplänen, RdA 1986, S. 102-115

***v. Hoyningen-Huene, Gerrick*:** Das Rechtsverhältnis zur stufenweisen Wiedereingliederung arbeitsunfähiger Arbeitnehmer (§ 74 SGB V), NZA 1992, S. 49-55

***v. Hoyningen-Huene, Gerrick*:** Die Rechtsstellung des Arbeitnehmers bei betriebsverfassungswidrigen personellen Einzelmaßnahmen, RdA 1982, S. 205-214

***v. Hoyningen-Huene, Gerrick*:** Anm. zu BAG vom 26.1.1993 – 1 AZR 303/92, AP Nr. 102 zu § 99 BetrVG 1972

***v. Hoyningen-Huene, Gerrick / Boemke, Burkhard*:** Die Versetzung, Heidelberg 1991

***v. Hoyningen-Huene, Gerrick / Linck, Rüdiger*:** Kündigungsschutzgesetz – Kommentar, 13. Auflage München 2002

***v. Hoyningen-Huene, Gerrick / Linck, Rüdiger*:** Neuregelungen des Kündigungsschutzes und befristeter Arbeitsverhältnisse, DB 1997, S. 41-46

***Hromadka, Wolfgang*:** Möglichkeiten und Grenzen der Änderungskündigung, NZA 1996, S. 1-14

***Hueck, Alfred / Nipperdey, Hans Carl*:** Grundriß des Arbeitsrechts, 5. Auflage Berlin/Frankfurt 1970

***Joost, Detlef*:** Betrieb und Unternehmen als Grundbegriffe des Arbeitsrechts, München 1988

***Joost, Detlef*:** EWiR § 613 a 2/99, Kurzkommentar zu BAG vom 10.12.1998

***Kaiser, Dagmar*:** Arbeitsrechtliche Probleme der Beschäftigungsgesellschaften in den neuen Bundesländern, NZA 1992, S. 193-201

***Kania, Thomas*:** Interessenausgleich und Sozialplan in der Insolvenz, DZWIR 2000, S. 328-330

***Kania, Thomas / Kramer, Michael*:** Unkündbarkeitsvereinbarungen in Arbeitsverträgen, Betriebsvereinbarungen und Tarifverträgen, RdA 1995, S. 287-298

***Kasseler Handbuch des Arbeitsförderungsrechts*:** Das SGB III in Recht und Praxis – Spellbrink, Wolfgang / Eicher, Wolfgang (Hrsg.), München 2003 (*zit.: KassHdbAFR/Verf.*)

***Kiel, Heinrich / Koch, Ulrich*:** Die betriebsbedingte Kündigung, München 2000

***Kittner, Michael / Däubler, Wolfgang / Zwanziger, Bertram*:** Kündigungsschutzrecht – Kommentar, 6. Auflage Frankfurt/M. 2004 (*zit.: KDZ/Verf.*)

***Künzl, Reinhard*:** Probleme der Sozialauswahl bei betriebsbedingter Kündigung, ZTR 1996, S. 385-397

***Küttner, Wolfdieter*:** Personalbuch 2006, 13. Auflage München 2006 (*zit.: Küttner/Verf.*)

***Ladensack, Klaus*:** Beschäftigungsgesellschaften: Pro und contra, AuA 1992, S. 326-329

***Lakies, Thomas*:** Insolvenz und Betriebsänderungen, BB 1999, S. 206-210

***Leinemann, Wolfgang / Linck, Rüdiger*:** Urlaubsrecht, 2. Auflage München 2002

***Lembke, Mark*:** Umstrukturierung in der Insolvenz unter Einschaltung einer Beschäftigungs- und Qualifizierungsgesellschaft – Rechtliche Rahmenbedingungen unter Berücksichtigung der aktuellen Arbeitsmarktreformen, BB 2004, S. 773-782

***Lembke, Mark*:** Anm. zu LAG Bremen vom 26.8.2004 – 3 Sa 80/04 und 3 Sa 81/04, BB 2005, S. 670-671

***Lingemann, Stefan*:** Betriebsänderungen nach neuem BetrVG, NZA 2002, S. 934-945

***Löwisch, Manfred*:** Änderung der Betriebsverfassung durch das Betriebsverfassungs-Reformgesetz, Teil I und Teil II, BB 2001, S. 1734-1746 und S. 1790-1798

***Löwisch, Manfred / Geisenberger, Ute*:** Besprechung des Urteils BAG vom 27.1.2004 – 1 AZR 148/03, RdA 2005, S. 45-47

***Löwisch, Manfred / Kaiser, Dagmar*:** Betriebsverfassungsgesetz – Kommentar, 5. Auflage Heidelberg 2002

Löwisch, Manfred / Rieble, Volker: Tarifvertragsgesetz – Kommentar, 2. Auflage München 2004

***Löwisch, Manfred / Spinner, Günter*:** Kommentar zum Kündigungsschutzgesetz, 9. Auflage Heidelberg 2004

***v. Maydell, Bernd Baron*:** Zum Verhältnis von Arbeitsrecht und Sozialrecht – Plädoyer für eine Neubesinnung, in: Festschrift für Otto Rudolf Kissel – München 1994, S. 761-772

***Meier, Hans-Georg*:** Die Sozialplanabfindung: Verloren bei Eigenkündigung? – Entschädigung für Besitzstandsverlust oder Übergangsbeihilfe? NZA 1995, S. 769-771

***Meisel, Peter G.*:** Die soziale Auswahl bei betriebsbedingten Kündigungen, DB 1991, S. 92-99

***Meisel, Peter G. / Sowka, Hans-Harald*:** Mutterschutz und Erziehungsurlaub, 5. Auflage München 1999

***Melms, Christopher / Lipinski, Wolfgang*:** Absenkung des Tarifniveaus durch die Gründung von AÜG-Gesellschaften als alternative oder flankierende Maßnahme zum Personalabbau, BB 2004, S. 2409-2417

***Mengel, Anja / Ullrich, Thilo*:** Erste praktische Erfahrungen mit dem neuen Recht der Beschäftigungs- und Qualifizierungsgesellschaften, BB 2005, S. 1109-1116

***Meyer, Cord*:** Transfer-Maßnahmen und Transfer-Kurzarbeitergeld nach §§ 216 a und b SGB III – Neue Förderinstrumente zur Begleitung von Personalanpassungsmaßnahmen, BB 2004, S. 490-494

***Meyer, Cord*:** Transfergesellschaften an der Schnittstelle zwischen Arbeits- und Sozialrecht, NZS 2002, S. 578-583

***Meyer, Cord*:** Anm. zu BAG vom 10.12.1998 – 8 AZR 324/97, AuA 2000, S. 40

***Meyer, Cord*:** Abänderung von Sozialplanregelungen, NZA 1995, S. 974-984

***Moll, Wilhelm*:** Unkündbarkeitsregelungen im Kündigungsschutzsystem – Zur Wirkung tariflicher Unkündbarkeitklauseln bei betriebsbedingten Kündigungen – in: Festschrift für Herbert Wiedemann – München 2002, S. 333-365

***Münchener Handbuch des Arbeitsrechts*:** Richardi, Reinhard / Wlotzke, Otfried (Hrsg.) Bd. 1 Individualarbeitsrecht I, §§ 1-113, Bd. 2 Individualarbeitsrecht II, §§ 114-239, Bd. 3 Kollektives Arbeitsrecht, §§ 240-394, 2. Auflage München 2000 und Ergänzungsband Individualarbeitsrecht, 2. Auflage München 2001 (*zit.: MünchArbR/Verf.*)

***Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*:** Rebmann, Kurt / Säcker, Franz Jürgen / Rixecker, Roland (Hrsg.) Bd. 2a Schuldrecht Allgemeiner Teil, §§ 241-432, 4. Auflage München 2003, Bd. 4 Schuldrecht Besonderer Teil II, §§ 611-704, EFZG, TzBfG, KSchG, 4. Auflage München 2005 (*zit.: MünchKommBGB/Verf.*)

***Münchener Kommentar zum Handelsgesetzbuch*:** Schmidt, Karsten (Hrsg.) Bd. 1 §§ 1-104 München 1996 (*zit.: MünchKommHGB/Verf.*)

***Münchener Kommentar zur Insolvenzordnung*:** Kirchhof, Hans-Peter / Lwowski, Hans-Jürgen / Stürner, Rolf (Hrsg.) Bd. 1, §§ 1-102, InsVV, München 2001, Bd. 2, §§ 103-269, München 2002 (*zit.: MünchKommInsO/Verf.*)

***Neumann, Dirk / Fenski, Martin*:** Bundesurlaubsgesetz – Kommentar, 9. Auflage München 2003

***Nicolai, Wolfgang*:** Die Trennung von Mitarbeitern – Gruppenoutplacement versus Transfergesellschaft, AuA 2005, S. 92-95

***Niesel, Klaus (Hrsg.)*:** Sozialgesetzbuch Arbeitsförderung – SGB III – Kommentar, 3. Auflage München 2005 (*zit.: Niesel/Verf.*)

***Oetker, Hartmut*:** Der auswahlrelevante Personenkreis im Rahmen von § 1 Abs. 3 KSchG, in: Festschrift für Günther Wiese – Neuwied/Kriftel 1998, S. 333-351

***Osenberg, Gerhard*:** Beschäftigungsgesellschaften – Ziele, Konzepte und Eignung, Diss. Frankfurt/M. 1995

***Papier, Hans-Jürgen*:** Der verfassungsrechtliche Rahmen für Privatautonomie im Arbeitsrecht, RdA 1989, S. 137-144

***Pauly, Holger*:** Unkündbarkeitsvereinbarungen in Arbeitsverträgen – Kündigung trotz Ausschluss der Kündigung, ArbuR 1997, S. 94-99

***Pauly, Holger*:** Anm. zu LAG Brandenburg vom 29.10.1998 – 3 Sa 229/98, ArbuR 1999, S. 285

***Pivit, Dörte*:** Höhe des Krankengeldes bei struktureller Kurzarbeit gemäß § 175 SGB III, NZS 2003, S. 472-475

***Powietzka, Arnim*:** Kündigungsschutz im Kleinbetrieb und in der Wartezeit, Diss. Lohmar/Köln 2003

***Preis, Ulrich*:** Prinzipien des Kündigungsrechts bei Arbeitsverhältnissen, München 1987

***Preis, Ulrich*:** Der Arbeitsvertrag, 2. Auflage Köln 2005 (*zit.: Preis: Arbeitsvertrag*)

***Richardi, Reinhard*:** Arbeitsrecht in der Kirche – Staatliches Arbeitsrecht und kirchliches Dienstrecht, 4. Auflage München 2003

***Richardi, Reinhard*:** Betriebsverfassungsgesetz – Kommentar, 10. Auflage München 2006 (*zit.: Richardi/Verf.*)

***Richardi, Reinhard*:** Änderungskündigung und Versetzung nach neuem BetrVG Teil I und Teil II, DB 1974, S. 1285-1290 und S. 1335-1340

***Rieble, Volker*:** Betriebliche versus tarifliche Unkündbarkeit, NZA 2003, S. 1243-1246

***Rieble, Volker / Klumpp, Steffen*:** Betriebsräte in „betriebsorganisatorisch eigenständigen Einheiten“ nach § 175 SGB III? NZA 2003, S. 1169-1173

***Ries, Stephan*:** Sanierung über Beschäftigungs- und Qualifizierungsgesellschaften – Kosten, Nutzen, Risiken, NZI 2002, S. 521-530

***Röder, Gerhard / Baeck, Ulrich*:** Interessenausgleich und Sozialplan, 3. Auflage München 2001

***Rohlfing, Bernd*:** Die Arbeitnehmereigenschaft von Auszubildenden und Umschülern im Sinne des ArbGG und des BetrVG, NZA 1997, S. 365-369

***Rüthers, Bernd / Henssler, Martin*:** Die Kündigung bei kumulativ vorliegenden und gemischten Kündigungssachverhalten, ZfA 1988, S. 31-48

***Rumpff, Klaus / Boewer, Dietrich*:** Mitbestimmung in wirtschaftlichen Angelegenheiten und bei der Unternehmens- und Personalplanung, 3. Auflage Heidelberg 1990

***Säcker, Jürgen / Oetker, Hartmut*:** Grundlagen und Grenzen der Tarifautonomie, München 1992

***Schaub, Günter*:** Arbeitsrechts-Handbuch, 11. Auflage München 2005 (*zit.: Schaub/Verf.*)

***Schmitt, Jochem*:** Entgeltfortzahlungsgesetz – Kommentar, 5. Auflage München 2005

***Sieg, Rainer*:** Rechtliche Rahmenbedingungen für Beschäftigungsgesellschaften, NZA 2005 Beil. 1, S. 9-14

***Sieg, Rainer / Duffing, Joos*:** Stellenvermittlung statt Kündigung, AuA 2004, S. 22-26

***Smid, Stefan (Hrsg.)*:** Insolvenzordnung (InsO) – Kommentar, 2. Auflage Stuttgart 2001 (*zit.: Smid/Verf.*)

***Stahlhacke, Eugen / Preis, Ulrich / Vossen, Reinhard*:** Kündigung und Kündigungsschutz im Arbeitsverhältnis, Handbuch, 9. Auflage München 2005 (*zit.: Stahlhacke/Verf.)*

***Stege, Dieter / Weinspach, Friedrich K. / Schiefer, Bernd*:** Betriebsverfassungsgesetz – Handkommentar für die betriebliche Praxis, 9. Auflage Köln 2002 (*zit.: Stege/Weinspach*)

***v. Steinau-Steinrück, Robert / Oelkers, Felix*:** Befristung von Arbeitsverträgen – Chancen und Fallen, NJW-Spezial 1/2005, S. 33-34

***Stindt, Heinrich Meinhard*:** Der Transfer-Sozialplan: ein innovatives Verbundprodukt aus Betriebsverfassungsrecht und Arbeitsförderungsrecht, in: Festschrift für Friedrich Karl Weinspach – Neuwied Kriftel 2002, S. 147-170

***Stück, Volker*:** Beschäftigungsgesellschaften – Arbeitsrechtliche Kriterien zur Planung und Umsetzung, MDR 2005, S. 361-367

***Thannheiser, Achim*:** Transfersozialplan – Durchführung sichern! AiB 2002, S. 739-742

***Völkel, Brigitte*:** Kurzarbeit in den neuen Bundesländern, AuA 1993, S. 1-3

***Wagner, Kerstin / Wahba, Isabell*:** Personalpolitik in schwierigen Zeiten – Neue Wege mit dem Siemens beE-Modell, Frankfurt/M. 2005

***Welkoborsky, Horst*:** Transferleistungen für betriebliche Restrukturierungen – veränderte Bedingungen durch Hartz III, NZS 2004, S. 509-516

***Weller, Bernhard*:** Betriebliche und tarifvertragliche Regelungen, die sich auf die soziale Auswahl nach § 1 III KSchG auswirken, RdA 1986, S. 222-231

***Wendeling-Schröder, Ulrike / Welkoborsky, Horst*:** Beschäftigungssicherung und Transfersozialplan – Neue Handlungsfelder auf Grund BetrVG-Novelle und EG-Recht, NZA 2002, S. 1370-1378

***Willemsen, Heinz-Josef / Hohenstatt, Klaus-Stefan / Schweibert, Ulrike / Seibt, Christoph*:** Umstrukturierung und Übertragung von Unternehmen – Arbeitsrechtliches Handbuch – 2. Auflage München 2003

***Winter, Jörg*:** Staatskirchenrecht der Bundesrepublik Deutschland, Neuwied/Kriftel 2001

***Wolff, Hinnerk*:** Personalanpassung durch „Transfersozialplan“ – Neues Konzept der Arbeitgeber der chemischen Industrie, NZA 1999, S. 622-627

***Zwanziger, Bertram*:** Das Arbeitsrecht der Insolvenzordnung, 2. Auflage Heidelberg 2002

***Zwanziger, Bertram*:** Der Interessenausgleich – betriebliches Regelungsinstrument oder Muster ohne kollektiven Wert, BB 1998, S. 477-482

***Zwanziger, Bertram*:** Tarifliche Unkündbarkeit und Sozialauswahl – zugleich Stellungnahme zu ArbG Cottbus DB 2000, S. 1817 ff., DB 2000, S. 2166-2168

Bundesagentur für Arbeit, Nürnberg (Hrsg.):

Transferleistungen – Beratungs- und Interpretationshilfen zur Rechtsanwendung:
Stand 02/2005

Sammelerlass Kurzarbeitergeld
Stand 01/2004

A b k ü r z u n g s v e r z e i c h n i s

a.A.	andere Ansicht
a.a.O.	am angegebenen Ort
abl.	ablehnend
ABlEG	Amtsblatt der Europäischen Gemeinschaft
Abs.	Absatz
a.F.	alte Fassung
AF(R)G	Arbeitsförderungs(reform)gesetz
AG	Aktiengesellschaft
AiB	Arbeitsrecht im Betrieb *(Zeitschrift)*
Anm.	Anmerkung
AP	Arbeitsrechtliche Praxis *(Entscheidungssammlung)*
APS	Ascheid/Preis/Schmidt – Kündigungsrecht *(Kommentar)*
ArbG(G)	Arbeitsgericht(sgesetz)
AR-Blattei SD .	Arbeitsrecht-Blattei Systematische Darstellung
AR-Blattei ES .	Arbeitsrecht-Blattei Entscheidungssammlung
ArbPlSchG	Arbeitsplatzschutzgesetz
ArbR-Hdb.	Arbeitsrechts-Handbuch
ArbuR	Arbeit und Recht *(Zeitschrift)*
ArEV	Verordnung über die Bestimmung des Arbeitsentgelts in der Sozialversicherung
arg.	argumentum
Art.	Artikel
ArbZG	Arbeitszeitgesetz
ASiG	Arbeitssicherheitsgesetz
AuA	Arbeit und Arbeitsrecht *(Zeitschrift)*
AuB	Arbeit und Beruf *(Zeitschrift)*
AÜG	Arbeitnehmerüberlassungsgesetz
Aufl.	Auflage
AVG	Angestelltenversicherungsgesetz
Az.	Aktenzeichen
BAG	Bundesarbeitsgericht

BAGE	Entscheidungen des Bundesarbeitsgerichts *(Entscheidungssammlung)*
BAnz.	Bundesanzeiger
BAT	Bundes-Angestelltentarifvertrag
BB	Betriebsberater *(Zeitschrift)*
BBiG	Berufsbildungsgesetz
Bd.	Band / Bände
beE	betriebsorganisatorisch eigenständige Einheit
Beil.	Beilage
BErzGG	Bundeserziehungsgeldgesetz
BeschFG	Beschäftigungsförderungsgesetz
Bespr.	Besprechung
BetrVG	Betriebsverfassungsgesetz
BetrVR	Betriebsverfassungsrecht
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BGBl.	Bundesgesetzblatt
BGH	Bundesgerichtshof
BPersVG	Bundespersonalvertretungsgesetz
BQG	Beschäftigungs- und Qualifizierungsgesellschaft
BSG	Bundessozialgericht
BSGE	Entscheidungen des Bundessozialgerichts *(Entscheidungssammlung)*
bspw.	beispielsweise
BT-Drs.	Bundestag-Drucksache
BUrlG	Bundesurlaubsgesetz
BVerfG	Bundesverfassungsgericht
BVerfGE	Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts
bzgl.	bezüglich
bzw.	beziehungsweise
ca.	circa
DA	Durchführungsanweisung (der Bundesagentur für Arbeit)
DB	Der Betrieb *(Zeitschrift)*
DDR	Deutsche Demokratische Republik
diff.	differenzierend
d.h.	das heißt
Diss.	Dissertation

DKK	Däubler/Kittner/Klebe – Betriebsverfassungsrecht *(Kommentar)*
DZWIR	Deutsche Zeitschrift für Wirtschafts- und Insolvenzrecht
EFZG	Entgeltfortzahlungsgesetz
EG	Europäische Gemeinschaft
EGV	Vertrag der Europäischen Gemeinschaft
ErfK	Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht *(Kommentar)*
Erg.-Bd.	Ergänzungsband
ESF	Europäischer Sozialfonds
EStG	Einkommenssteuergesetz
EuGH	Europäischer Gerichtshof
EWG	Europäische Wirtschaftsgemeinschaft
EWiR	Entscheidungen zum Wirtschaftsrecht *(Zeitschrift)*
EzA	Entscheidungssammlung zum Arbeitsrecht *(Entscheidungssammlung)*
f. / ff.	folgend / folgende
Fn.	Fußnote
FS	Festschrift
GewO	Gewerbeordnung
GG	Grundgesetz der Bundesrepublik Deutschland
ggf.	gegebenenfalls
GK	Gemeinschaftskommentar
(g)GmbH	(gemeinnützige) Gesellschaft mit beschränkter Haftung
grds.	grundsätzlich
GS	Großer Senat (eines obersten Gerichtshofs)
HGB	Handelsgesetzbuch
HK	Heidelberger Kommentar zum Kündigungsschutzgesetz *(Kommentar)*
h.M.	herrschende Meinung
Hrsg.	Herausgeber
HS	Halbsatz
HSWG	Hess/Schlochauer/Worzalla/Glock – Betriebsverfassungsrecht *(Kommentar)*
Insb.	Insbesondere
InsO	Insolvenzordnung
i.R.d.	im Rahmen des/der
i.S.d.	im Sinne des/der

i.S.v.	im Sinne von
i.V.m.	in Verbindung mit
JArbSchG	Jugendarbeitsschutzgesetz
KassHdbAFR .	Kasseler Handbuch des Arbeitsförderungsrechts *(Kommentar)*
KDZ	Kittner/Däubler/Zwanziger – Kündigungsrecht *(Kommentar)*
KR	Gemeinschaftskommentar zum Kündigungsschutzgesetz und zu sonstigen kündigungsrechtlichen Vorschriften *(Kommentar)*
krit.	kritisch
KSchG	Kündigungsschutzgesetz
KSchR	Kündigungsschutzrecht
KUG	Kurzarbeitergeld
LAG	Landesarbeitsgericht
LAGE	Entscheidungen der Landesarbeitsgerichte *(Entscheidungssammlung)*
Ls.	Leitsatz
MDR	Monatsschrift für Deutsches Recht *(Zeitschrift)*
MuSchG	Mutterschutzgesetz
MünchArbR	Münchener Handbuch zum Arbeitsrecht
n.F.	neue Fassung
NJW	Neue Juristische Wochenschrift *(Zeitschrift)*
Nr.	Nummer
n.rkr.	nicht rechtskräftig
n.v.	nicht veröffentlicht
NZA	Neue Zeitschrift für Arbeits- und Sozialrecht *(Zeitschrift)*
NZS	Neue Zeitschrift für Sozialrecht *(Zeitschrift)*
NZI	Neue Zeitschrift für Insolvenzrecht *(Zeitschrift)*
o.ä.	oder ähnliches
RG	Reichsgericht
RGZ	Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen *(Entscheidungssammlung)*
RdA	Recht der Arbeit *(Zeitschrift)*
Rdnr.	Randnummer
rkr.	rechtskräftig
RL	Richtlinie
RVO	Reichsversicherungsordnung

RzK ..... Rechtsprechung zum Kündigungsrecht *(Entscheidungssammlung)*
SGB ..... Sozialgesetzbuch
S. / s. ..... Seite / siehe
SAE ..... Sammlung arbeitsrechtlicher Entscheidungen *(Zeitschrift)*
SGG ..... Sozialgerichtsgesetz
s.o. ..... siehe oben
sog. ..... sogenannt
SozR ..... Sozialrecht *(Entscheidungssammlung)*
St. Rspr. ..... ständige Rechtsprechung
TVG ..... Tarifvertragsgesetz
TzBfG ..... Teilzeit- und Befristungsgesetz
u.a. ..... und andere / unter anderem
v. ..... vom / von
vgl. ..... vergleiche
v.H. ..... vom Hundertsatz
VO ..... Verordnung
vor. ..... vorstehend
Vorb. ..... Vorbemerkungen
WRV ..... Weimarer Reichsverfassung
z.B. ..... zum Beispiel
ZDG ..... Zivildienstgesetz
ZfA ..... Zeitschrift für Arbeitsrecht *(Zeitschrift)*
Ziff. ..... Ziffer
ZInsO ..... Zeitschrift für das gesamte Insolvenzrecht *(Zeitschrift)*
ZIP ..... Zeitschrift für Wirtschaftsrecht und Insolvenzpraxis *(Zeitschrift)*
ZPO ..... Zivilprozessordnung
ZTR ..... Zeitschrift für Tarifrecht *(Zeitschrift)*
zugl. ..... zugleich
zust. ..... zustimmend
z.T. ..... zum Teil
zzgl. ..... zuzüglich
z.Zt. ..... zur Zeit

§ 1 Einführung

I. Problemstellung

Die schwierige konjunkturelle Lage in zahlreichen Bereichen der deutschen Wirtschaft zwingt viele Unternehmen zu Restrukturierungsmaßnahmen. Auftragsrückgang aufgrund mangelnder Nachfrage, bspw. aber auch die Optimierung von Produktions- und Betriebsabläufen führen zu einer erheblichen Freisetzung von personellen Kapazitäten, die es abzubauen gilt, um die Wettbewerbsfähigkeit, häufig das schlichte Überleben des Unternehmens zu sichern. Können diese Anpassungsprozesse nicht über die altersbedingte Fluktuation aufgefangen, müssen sie mittels Aufhebungsverträgen und betriebsbedingten Kündigungen umgesetzt werden. Diese einschneidenden Maßnahmen erfordern bei den Betriebspartnern ein Umdenken, da sie für alle Beteiligten weitreichende Folgen haben: Mit dem Verlust des Arbeitsplatzes verlieren die betroffenen Arbeitnehmer nicht nur ihre Erwerbsgrundlage; überwiegend ist damit sozialer Ansehensverlust, wenn nicht sogar sozialer Abstieg[1] verbunden. Dieser soll so weit wie möglich vermieden, abgemildert, zumindest aber hinausgezögert werden. Die Unternehmen müssen ein schlechtes Image in der Öffentlichkeit sowie Unruhe in der Belegschaft vermeiden[2]. Ein probates, in § 216 b SGB III normiertes Mittel zur Begleitung von Personalanpassungsmaßnahmen – auch und gerade in der Insolvenz – ist daher die Einrichtung von betriebsorganisatorisch eigenständigen Einheiten (sog. beE). Sie können unternehmensintern oder bei einer bestehenden bzw. noch zu gründenden Gesellschaft eingegliedert werden. Erforderlich ist eine klare Trennung zwischen den in die Einheiten wechselnden Arbeitnehmern und der übrigen Belegschaft: Die gemeinschaftsrechtskonforme Auslegung des § 216 b SGB III verbietet eine Subventionierung von Betrieben durch staatliche Fördermittel (Zwangsbeiträge)[3], zu denen das Transfer-Kurzarbeitergeld als Beihilfe i.S.d. Art. 87 EGV zu zählen ist.

---

1 *Meyer*, NZS 2002, S. 578 (579) nennt es das ‚Stigma der Arbeitslosigkeit'.
2 Anschaulich hierzu *Sieg*, NZA Beil. 1/2005, S. 9 ff..
3 Ausführlich Gagel/*Bieback*, SGB III § 216 b Rdnr. 17 ff.; s. auch Eicher/Schlegel/*Estelmann*, SGB III § 216 b Rdnr. 139; *Sieg/Duffing*, AuA 2004, S. 22 (24).

1. Der Grundgedanke der betriebsorganisatorisch eigenständigen Einheit

Die betriebsorganisatorisch eigenständige Einheit ist eine rechtliche Konstruktion, in die an sich betriebsbedingt zu kündigende Arbeitnehmer wechseln und aus dem bisherigen Betrieb ausscheiden. In der Einheit – vor Arbeitslosigkeit bewahrt – müssen die Betroffenen entsprechend ihrem zuvor festgestellten individuellen Bedarf an Qualifizierungsmaßnahmen teilnehmen, die sie auf die Bedürfnisse des Arbeitsmarktes vorbereiten. Die Teilnehmer sollen nach Abbau ihrer sog. Vermittlungshemmnisse in neue Arbeitsverhältnisse vermittelt werden können[4]. Welche unternehmenspolitischen Voraussetzungen vorliegen müssen und welche rechtliche Einordnung die betriebsorganisatorisch eigenständige Einheit dabei erfährt, wird ebenso zu untersuchen sein wie die Frage, welche Beschäftigten für einen solchen Wechsel in Betracht kommen.

Betriebsorganisatorisch eigenständige Einheiten treten in unterschiedlichen Bezeichnungen und Organisations- und Rechtsformen im Rechtsverkehr in Erscheinung. Üblicherweise wird die Bezeichnung Transfergesellschaft verwendet, gebräuchlich ist aber auch bspw. Beschäftigungsgesellschaft, Beschäftigungs- und Qualifizierungsgesellschaft (sog. BQG), Personalentwicklungsgesellschaft, Abwicklungsgesellschaft[5] oder nur betriebsorganisatorisch eigenständige Einheit. Es kann eine unternehmensinterne oder -externe betriebsorganisatorisch eigenständige Einheit gebildet werden[6]. Die betriebliche Praxis entscheidet sich meist für die Gründung einer externen Einheit. Dennoch spielen beide Gründungsformen eine praktische Rolle, da sowohl unternehmenspolitische als auch die unterschiedlichen arbeits- und betriebsverfassungsrechtlichen Folgeprobleme in die Entscheidung mit einfließen.

---

[4] Umfassend hierzu *Mengel/Ullrich*, BB 2005, S. 1109 ff.; *Meyer*, BB 2004, S. 490 ff.; *Welkoborsky*, NZS 2004, S. 509 ff.; *Gaul/Otto*, NZA 2004, S. 1301 ff.; *Lembke*, BB 2004, S. 773 ff.; *Filzek*, AiB 1998, S. 661 ff.; *Gaul/Kliemt*, NZA 2000, S. 674 ff.; *Gaul/Bonanni/Otto*, DB 2003, S. 2386 ff.; *Stück*, MDR 2005, S. 361 ff.; *Sieg/Duffing*, AuA 2004, S. 22 ff.; Küttner/*Kania*, Personalbuch 2006 (98) Rdnr. 1 ff.; *Bertzbach*, FS für *Hanau* S. 173 ff.; *Wolff*, NZA 1999, S. 622 ff..

[5] Z.B. *MyPegasus GmbH* oder *GeBeWe Transfergesellschaft mbH*.

[6] Vgl. *Stück*, MDR 2005, S. 361 (361 f.); *Sieg/Duffing*, AuA 2004. S. 22 (22).

a) Die unternehmensinterne Einheit

Die unternehmensinterne betriebsorganisatorisch eigenständige Einheit trägt häufig die Betriebszusatzbezeichnung ‚beE', es sei denn, sie ist als eigenständiger Rechtsträger konzipiert. Die laufenden Vertragsbeziehungen bleiben bestehen; der bisherige Arbeitgeber bleibt auch nach dem Eintritt der Teilnehmer in die Einheit deren Arbeitgeber. Nachfolgend zu klären ist insbesondere, welche vertraglichen Änderungen auf die Arbeitnehmer zukommen sowie die Frage, welche Rechtsgrundlagen für einen Wechsel in die Einheit gegeben sein können. Wie weit hierbei Mitbestimmungsrechte des Betriebsrats reichen, bedarf einer genauen Untersuchung.

b) Die unternehmensexterne Einheit (Transfergesellschaft)

Mit Einrichtung einer unternehmensexternen betriebsorganisatorisch eigenständigen Einheit ergeben sich für den personalabgebenden Betrieb zwei Möglichkeiten. Es kann entweder ein neuer Rechtsträger gegründet werden, der ausschließlich die durch die konkrete unternehmenspolitische Maßnahme (z.B. Betriebs- bzw. Betriebsteilstilllegung) entstehende Einheit leitet, oder die Einheit wird bei einer bestehenden (Transfer-) Gesellschaft eingegliedert, die bereits betriebsorganisatorisch eigenständige Einheiten anderer Unternehmen betreut. In beiden Fällen müssen die betroffenen Arbeitnehmer aus dem bisherigen Betrieb und Unternehmen ausscheiden, so dass ein Arbeitgeberwechsel stattfindet. Es wird nachfolgend zu untersuchen sein, wie dieser Vertragsparteiwechsel erfolgt.

c) Abgrenzung zu sozialen und kommunalen Beschäftigungsgesellschaften

Abzugrenzen sind die betriebsorganisatorisch eigenständigen Einheiten von den sozialen und kommunalen Beschäftigungsgesellschaften, die andere Zielsetzungen als die betrieblichen Beschäftigungsgesellschaften verfolgen. Soziale Beschäftigungsgesellschaften ermöglichen alternative Beschäftigungsmöglichkeiten im zweiten Arbeitsmarkt[7], d.h. sie zielen auf Problemgruppen des Arbeitsmarktes,

[7] Ausführlich hierzu *Osenberg*, S. 26.

wie z.B. Langzeitarbeitslose ab, die in den ersten Arbeitsmarkt schwer vermittelbar sind. Die betrieblichen Transfergesellschaften hingegen setzen in der Regel gut ausgebildetes und produktives Personal frei.

Als Träger sozialer und kommunaler Beschäftigungsgesellschaften kommen Verbände (z.B. Wohlfahrtsverbände), freie Träger oder natürliche Personen in Betracht[8]; die Rechtsform einer sozialen Beschäftigungsgesellschaft kann eine Gesellschaft bürgerlichen Rechts, ein rechtsfähiger Verein oder eine GmbH sein[9]. Im Rahmen der (sozialversicherungspflichtigen) Beschäftigungsverhältnisse stehen sozialpolitische Gründe im Vordergrund, so dass ein erheblicher Teil der regelmäßigen Arbeitszeit zur sozialpädagogischen Betreuung und Motivation verwendet wird[10]. Kommunale Beschäftigungsgesellschaften werden entweder teilweise oder vollständig von Kommunen getragen und häufig als (gemeinnützige) GmbHs geführt[11]. Sie sollen die Kommunen von der Sozialhilfeverpflichtung entlasten. Teilnehmer dieser Beschäftigungsgesellschaften sind hauptsächlich Arbeitslose, die durch persönliche und/oder soziale Probleme (z.B. alleinerziehende Mütter) zu Arbeitslosengeld II- bzw. Sozialhilfeempfängern geworden sind, an sich aber in den ersten Arbeitsmarkt vermittelbar sind[12]. Das Beschäftigungsverhältnis in der kommunalen Beschäftigungsgesellschaft führt nach dessen Beendigung wieder zu Ansprüchen gegenüber der Arbeitsverwaltung und verhindert die Inanspruchnahme der Kommunen im Rahmen des Arbeitslosengeld II. Positiver (finanzieller) Nebeneffekt für die Kommunen ist, dass die Teilnehmer mit Arbeiten betraut werden können, die im öffentlichen Interesse liegen, z.B. Straßenreinigung oder Landschaftspflege.

2. Die Beschäftigten der betriebsorganisatorisch eigenständigen Einheit

Die Beschäftigten der betriebsorganisatorisch eigenständigen Einheiten wechseln

---

8 *Osenberg*, S. 26, *Gänßbauer*, S. 91.

9 In Ausnahmefällen ist die Rechtsform einer Stiftung privaten Rechts möglich, vgl. *Osenberg*, S. 25.

10 *Gänßbauer*, S. 91; *Osenberg*, S. 26.

11 Z.B. in der Stadt Heidelberg die *Heidelberger Dienste gGmbH*, die bereits 1992 gegründet wurde und mehrere Projekte für spezielle Problemgruppen betreut, wie bspw. das *FrauenPlus-Programm* für langzeitarbeitslose Frauen mit sozialen Schwierigkeiten oder den *Azubi-Fonds* für Ausbildungsabbrecher, sozial schwache oder schwer vermittelbare Jugendliche.

12 Umfassend zur gesellschaftlichen Entwicklung und den sich daraus ergebenden Handlungsbedarf, geeignete Beschäftigungsprojekte zu finden *Osenberg*, S. 28.

in die Einheit, um durch Qualifizierung und Weiterbildung in ein neues Arbeitsverhältnis vermittelt zu werden. Ohne im Einzelnen auf die Rechte und Pflichten der Vertragsparteien oder die Rechtsnatur des Vertragsverhältnisses an dieser Stelle einzugehen, wird der Unterschied zum Arbeitverhältnis deutlich: Statt Arbeitsleistung nehmen die Teilnehmer Qualifizierungsleistungen entgegen und arbeiten mit diesen (an sich selbst), um so ihre Vermittlungsdefizite zu beseitigen. Die bisherigen Arbeitnehmer in der betriebsorganisatorisch eigenständigen Einheit lassen sich daher als „Qualifizierungsnehmer“ bezeichnen und das Vertragsverhältnis auch als Qualifizierungsverhältnis einordnen.

Durch die gesamte Umgestaltung des betrieblichen Ablaufs sowie die mögliche Änderung der Arbeitsverträge wird die Mitbestimmung des Betriebsrats nicht erst in den personellen Einzelfragen eine zentrale Rolle spielen, zuvor ist die Mitwirkung des Betriebsrats bei der Realisierung der betriebsorganisatorisch eigenständigen Einheit zu klären, also bei ihrer Einrichtung oder bei Aufstellung und Gestaltung eines (Transfer-) Sozialplans, der den „Transfer“ der Arbeitnehmer in die Einheit regelt. Dabei wird auch die Frage auftauchen, ob die eingerichtete Einheit als Leistung des Arbeitgebers, die den Arbeitnehmern zugute kommt, möglicherweise als Sozialeinrichtung i.S.d. § 87 Abs. 1 Nr. 8 BetrVG der Mitbestimmung unterliegt.

3. Mögliche entscheidungserhebliche Faktoren

a) Gründung einer internen Einheit

Die Einrichtung einer internen Einheit mag von Vorteil sein, wenn eine nicht allzu hohe Anzahl von Arbeitnehmern vom Personalabbau betroffen ist und das Unternehmen des zu restrukturierenden Betriebes im Mittelpunkt des öffentlichen Interesses steht. Es besteht seitens der Mitarbeiter häufig ein hoher Identifikationsgrad mit dem Unternehmen. Die Qualifizierungsnehmer bleiben Angehörige des Unternehmens und können sich als solche auf dem Arbeitsmarkt bewerben. Erforderlich sind allerdings umfangreiche vertragliche Regelungen. Es muss bspw. geklärt sein, ob die Beschäftigungszeit in der Einheit als Betriebszugehörigkeitszeit gilt. Die Beschäftigungszeiten können noch Auswirkungen auf Dienstjubiläen

o.ä. haben. Geregelt sein muss, ob zukünftig eine Teilhabe an Gratifikationen, Erfolgsprämien und betrieblicher Altersversorgung stattfinden soll. Eine derartige Teilhabe kann einerseits zu einer motivierten Qualifizierung und Vermittlungsversuchen beitragen, erzeugt möglicherweise aber auch eine trügerische finanzielle Sicherheit, die sich lähmend auf die Suche nach neuer Beschäftigung auswirkt.

b) Gründung oder Kooperation mit einer Transfergesellschaft

Die externe Gestaltung einer Einheit (Transfergesellschaft) könnte vorzuziehen sein, wenn entweder eine geringe oder sehr große Anzahl von Arbeitnehmern im Rahmen der Personalanpassungsmaßnahme aus dem Betrieb ausscheidet und die Einheit bei einer bereits bestehenden Transfergesellschaft im Wege einer Kooperation eingerichtet werden kann. Im Regelfall sind die bereits bestehenden Transfergesellschaften ausschließlich auf dem Gebiet der Qualifizierung und Vermittlung tätig, so dass die entstehenden Kosten kalkulierbar sind und in der Regel geringer ausfallen. Alternativ kann für die ausscheidenden Arbeitnehmer eine eigene Transfergesellschaft zu gründen sein. Das ist empfehlenswert, wenn in mehreren Betrieben des Unternehmens Personalanpassungsmaßnahmen durchgeführt werden[13] und aufgrund großen öffentlichen Interesses eine interne betriebsorganisatorisch eigenständige Einheit für Unruhe im Unternehmen sorgen würde.

Die Transfergesellschaften haben regelmäßig einen Beirat, der die Qualität der Qualifizierungs- und Vermittlungsleistungen kontrolliert, bestehend aus den beteiligten Unternehmen, Betriebsrat des/der restrukturierenden Unternehmen/s, Tarifparteien sowie Vertretern der Arbeitsverwaltung. Bei einer Nutzung durch mehrere Unternehmen oder mehrere Betriebe eines Unternehmens kann die Transfergesellschaft kostengünstig Qualifizierungsmaßnahmen selbst durchführen oder Bildungseinrichtungen mit der Durchführung beauftragen.

Die Einschaltung einer Transfergesellschaft führt relativ rasch zu einer Beruhigung der verbleibenden Belegschaft, da die betroffenen Arbeitnehmer das Unterneh-

[13] Als Bsp. ist die von der Adam Opel AG gegründete Gesellschaft *Opel BQG MyPegasus* zu nennen.

men kurzfristig, einvernehmlich und endgültig verlassen. Unruhe in der Belegschaft zu vermeiden, kann bei einschneidendem Personalabbau ein sehr gewichtiger Faktor sein.

4. Zielsetzung der Abhandlung

Die folgende Abhandlung setzt sich mit den dogmatischen arbeits- wie betriebsverfassungsrechtlichen Problemen bei Einrichtung der betriebsorganisatorisch eigenständigen Einheit auseinander und versucht, die verschiedenen Möglichkeiten bei der Umsetzung in der betrieblichen Praxis darzustellen. So soll nach einer kurzen Darstellung der arbeitsmarktpolitischen Fernziele (II.) ein rechtshistorischer Rückblick erfolgen (III.), bevor (§ 2) auf die betriebsorganisatorisch eigenständige Einheit selbst einzugehen ist. Anschließend (§ 3) werden die Beschäftigten der Einheit dargestellt, es folgen Untersuchungen über Rechtsgrundlagen für den Transfer der Arbeitnehmer in die betriebsorganisatorisch eigenständige Einheit (§ 4) sowie die verschiedenen Möglichkeiten des Ausscheidens aus dieser (§ 5). Anschließend wird die Einheit als Bestandteil des Transfer-Sozialplans (§ 6) und die Mitbestimmung des Betriebsrats erörtert (§ 7). Schlussendlich sollen arbeitsrechtliche Einzelfälle untersucht werden (§ 8), bevor noch auf die Bedeutung der betriebsorganisatorisch eigenständigen Einheit als personalabbauendes Instrument in der Insolvenz eingegangen wird (§ 9).

II. Arbeitsmarktpolitische Fernziele

Das SGB III sieht zur Förderung des Arbeitsmarktes und zur Verbesserung der Beschäftigungsstruktur zahlreiche Leistungen an Arbeitnehmer und Arbeitgeber vor[14]. Nach §§ 3 Abs. 1 Nr. 12 i.V.m. 216 b SGB III wird Arbeitnehmern Transfer-Kurzarbeitergeld gewährt, wenn sie – neben weiteren Voraussetzungen – von Arbeitsausfall betroffen in einer Einheit zusammengefasst werden. Die betriebsorganisatorisch eigenständige Einheit soll dabei als Vehikel dienen, durch das die von Personalanpassungsmaßnahmen betroffenen Arbeitnehmer finanzielle Förderung durch die Arbeitsverwaltung erhalten. Im Vordergrund der arbeitsförderungs-

[14] Vgl. §§ 1, 3 SGB III.

rechtlichen Regelung steht zukünftig der Präventiv- bzw. Transfergedanke[15].

1. Transfer-Kurzarbeitergeld, § 216 b SGB III

Das Transfer-Kurzarbeitergeld ist zu unterscheiden vom konjunkturellen Kurzarbeitergeld, §§ 169 ff. SGB III. Letzteres hat sich in Vergangenheit und Gegenwart als eines der wichtigsten arbeitsmarktpolitischen Instrumente mit beschäftigungssichernder Funktion bewährt. Es dient vor allem der sozialverträglichen Gestaltung der Lebensbedingungen der Betroffenen bei Konjunktureinbrüchen durch finanzielle Hilfe auf Zeit in Erwartung eines konjunkturellen Aufschwungs. Soweit der Arbeitsausfall im Betrieb nur vorübergehend besteht, kann durch die Gewährung von konjunkturellem Kurzarbeitergeld der Erhalt des Arbeitsplatzes erreicht werden, der Arbeitnehmer bleibt dem Betrieb verbunden und sein Lebensstandard wird so wenig wie möglich beeinträchtigt.

Problematischer ist die Situation, wenn der Arbeitsausfall nicht nur vorübergehend, sondern dauerhaft eintritt und feststeht, dass die betroffenen Arbeitnehmer ihren Arbeitsplatz langfristig verlieren. Der Grund kann in betrieblichen Strukturveränderungen oder sonstigen betriebsorganisatorischen Maßnahmen liegen, die den Arbeitskräftebedarf schrumpfen lassen. Da primäres Ziel der Gewährung konjunkturellen Kurzarbeitergelds die Arbeitsplatz*erhaltung* ist, leuchtet nicht auf den ersten Blick ein, dass auch für den Arbeitsplatz*verlust* Kurzarbeitergeld gewährt werden soll. Mit dem sog. Transfer-Kurzarbeitergeld nach § 216 b SGB III (bis zur Umsetzung von „Hartz III“[16] zum 01.01.2004 unter dem Begriff Struktur-Kurzarbeitergeld bekannt, § 175 SGB III a.F.) werden Arbeitnehmer in betriebsorganisatorisch eigenständigen Einheiten unterstützt. Dass die Betroffenen für die Tätigkeit des Sich-Qualifizierens und Sich-Bewerbens auf neue Stellen mit Transfer-Kurzarbeitergeld gefördert werden, also mit Mitteln der Solidargemeinschaft, widerspricht sich eigentlich. Schließlich erfolgt die Qualifizierung entsprechend den Bedürfnissen des Arbeitsmarktes und die Bewerbungen beziehen sich nur auf Stellen außerhalb des bisherigen Unternehmens. Damit befinden sich die Betrof-

[15] Gesetzesbegründung BT-Drs. 15/1515, S. 91.
[16] Drittes Gesetz für moderne Dienstleistungen am Arbeitsmarkt vom 23.12.2003, BGBl. I 2003 S. 2848; die hier relevanten Vorschriften traten zum 1.1.2004 in Kraft.

fenen in einem der Arbeitslosigkeit ähnlichen Status, der gerade tatsächliche Arbeitslosigkeit vermeiden soll. Ob sie sich während ihrer Tätigkeit in einem Beschäftigungsverhältnis befinden, wird nachfolgend zu klären sein.

Der Grund für die Gewährung von Transfer-Kurzarbeitergeld ausschließlich in einer (abgrenzbaren) betriebsorganisatorisch eigenständigen Einheit liegt darin, dass Leistungen nach § 216 b SGB III Beihilfen i.S.d. Art. 87 EGV und damit unzulässige Subventionierungen sind, falls sie dem gesamten (personalabgebenden) Betrieb zufließen. Die geförderten Arbeitnehmer könnten über das Transfer-Kurzarbeitergeld günstige, da subventionierte Arbeitsleistung im bisherigen Betrieb erbringen und so für Wettbewerbsvorteile sorgen. Die Bezieher dieser Leistung müssen daher von der übrigen Belegschaft räumlich und organisatorisch getrennt werden. Ein Verstoß gegen Art 87 EGV wird verhindert, wenn die Fördermittel ausschließlich der betriebsorganisatorisch eigenständigen Einheit zugute kommen und der Reintegrationsgedanke im Vordergrund steht.

2. Sozialverträglicher Personalabbau

Weiteres Fernziel der Gründung von betriebsorganisatorisch eigenständigen Einheiten ist, die notwendigen Personalanpassungsmaßnahmen und den Beschäftigungsrückgang möglichst sozialverträglich zu gestalten. Für die nicht Vermittelbaren wird der Eintritt der Arbeitslosigkeit um die Dauer der Tätigkeit in der betriebsorganisatorisch eigenständigen Einheit aufgeschoben, was bei Überschreiten bestimmter Altersgrenzen oder Vorbeschäftigungszeiten im Einzelfall zu einer Verlängerung des Arbeitslosengeldanspruchs führen kann[17]. Aber auch Arbeitgeber und die Arbeitsverwaltung – und damit die Allgemeinheit – profitieren von dieser Regelung. Arbeitgeber ersparen z.B. Lohnkosten oder hohe Abfindungen, die bei Fortbestand der Arbeitsverhältnisse oder betriebsbedingten Kündigungen aufzubringen wären; die Arbeitsverwaltung erspart Leistungen aus der Arbeitslosenversicherung. Würden alle vom – durch betriebliche Strukturveränderungen bedingten – Personalabbau Betroffenen zum gleichen Zeitpunkt arbeitslos, wären die fi-

[17] Vgl. § 127 SGB III; *Gaul/Kliemt*, NZA 2000, S. 674 (677); *Growe*, AiB 1998, S. 260 (264); *Lembke*, BB 2004, S. 773 (773).

nanziellen Folgen für die Arbeitslosenversicherung wesentlich belastender als die begrenzte Gewährung von Transfer-Kurzarbeitergeld, selbst wenn ein Teil dieses Personenkreises im Anschluss letztlich Arbeitslosengeld beziehen wird. Die Interessen des personalabgebenden Betriebes und des Unternehmens sind dabei nachrangig[18]. Die verbleibenden Arbeitnehmer werden – im Unterschied zur konjunkturellen Kurzarbeit – von den finanziellen Auswirkungen der Transfer-Kurzarbeit ab dem Ausscheiden der betroffenen Arbeitnehmer nicht mehr tangiert.

3. Höhe des Arbeitslosengeldes nach Ausscheiden aus der betriebsorganisatorisch eigenständigen Einheit

Gelingt es den Teilnehmern einer betriebsorganisatorisch eigenständigen Einheit nicht, während der Laufzeit in ein neues Arbeitsverhältnis zu wechseln, haben sie nach Schließung der Einheit gemäß § 117 SGB III Anspruch auf Arbeitslosengeld. Grundlage des Bemessungsentgelts ist nur das beitragspflichtige Arbeitsentgelt, d.h. für die Bemessungsentgeltberechnung ist das Arbeitsentgelt entscheidend, welches vor dem Wechsel in die betriebsorganisatorisch eigenständige Einheit verdient wurde, vgl. § 134 Abs. 2 Nr. 3 SGB III. Danach ist für Zeiten, in denen Kurzarbeitergeld bezogen wird, das Arbeitsentgelt zugrundezulegen, welches ohne den Arbeitsausfall erzielt worden wäre. Der Arbeitslosengeldanspruch besteht somit in Höhe von 60 v.H. bzw. 67 v.H. des zuletzt verdienten Arbeitsentgelts[19], der Bemessungszeitraum verlängert sich entsprechend, §§ 129, 130 Abs. 2, 132, 134 Abs. 1 Satz 1 und Abs. 2 Nr. 3 SGB III.

III. Rechtshistorische Entwicklung

1. Einführung des § 63 Abs. 4 AFG 1988

Die Möglichkeit der Einrichtung betriebsorganisatorisch eigenständiger Einheiten mit Hilfe arbeitsförderungsrechtlicher Leistungen (bis 1.1.2004 sog. Struktur-

[18] Vgl. KassHdbAFR/*Söhngen*, § 6 Rdnr. 100.
[19] Vgl. hierzu *Hess*, AR-Blattei SD Nr. 435 Rdnr. 56.

Kurzarbeitergeld) wurde erstmals mit Wirkung zum 1.1.1988[20] eingeführt.

Der Einführung des § 63 Abs. 4 AFG lag als wirtschaftspolitischer Hintergrund das außerordentlich drängende Problem des Wirtschaftszweiges Stahlindustrie zugrunde, Personalanpassungsmaßnahmen in größerem Umfang durchführen zu müssen. Ein ganzer Wirtschaftszweig war nach Ansicht der Arbeitsverwaltung nur betroffen, wenn die Gesamtheit von Betrieben mit gleichartigem Wirtschaftszweck oder gleichartiger Erzeugung ohne Rücksicht auf ihre räumliche Verteilung von der schwerwiegenden strukturellen Verschlechterung tangiert war, was der Gesetzgeber nur für den Bereich der Stahlindustrie annahm. Da sich Kurzarbeit bereits als Instrument zur Überwindung vorübergehender konjunktureller Schwierigkeiten bewährt hatte, erwartete man von betriebsorganisatorisch eigenständigen Einheiten und der Förderung durch Struktur-Kurzarbeitergeld einen sozialverträglichen Beitrag zur Strukturbereinigung der Stahlindustrie[21]. Darüber hinaus sollte durch die Gewährung des Struktur-Kurzarbeitergeldes eine anzeigepflichtige Entlassung i.S.d. § 17 KSchG verhindert und damit Leistungen beim Arbeitslosengeld eingespart werden können[22]. Zu jenem Zeitpunkt spielten Qualifizierungsmaßnahmen innerhalb der betriebsorganisatorisch eigenständigen Einheit für den Gesetzgeber eine völlig untergeordnete Rolle: den „Betriebszweck“ solcher Einheiten sah er in der Durchführung von Reparaturen, Aufräumarbeiten und im Ersatz von Fluktuationen[23]. Interessanterweise ging der Gesetzgeber seinerzeit davon aus, dass die Anpassungsschwierigkeiten der Stahlindustrie nach zwei Jahren im wesentlichen behoben sein würden, weshalb er die Möglichkeit der Einrichtung betriebsorganisatorisch eigenständiger Einheiten bis 31.12.1989 befristete.

2. Entwicklung ab 1990

a) Beschäftigungsförderungsgesetze 1990 und 1994

[20] Gesetz zur Ergänzung der arbeitsmarktpolitischen Instrumente und zum Schutz der Solidargemeinschaft vor Leistungsmissbrauch vom 14.12.1987 (Achtes Gesetz zur Änderung des Arbeitsförderungsgesetz), BGBl. I 1987 S. 2602.
[21] BT-Drs. 11/1161, S. 11.
[22] Bericht des Ausschusses für Arbeit und Sozialordnung, BT-Drs. 11/1161, S. 11.
[23] Änderungsantrag mit Begründung der Fraktion der SPD zu BT-Drs. 11/1160, BT-Drs. 11/1163.

Mit Gesetz vom 22.12.1989[24] verlängerte der Gesetzgeber die Regelungen über die Möglichkeit zur Einrichtung betriebsorganisatorisch eigenständiger Einheiten bis 31.12.1995, anschließend[25] noch einmal bis 31.12.1997. Man sah die Notwendigkeit, den Anwendungsbereich betriebsorganisatorisch eigenständiger Einheiten auf andere Wirtschaftszweige auszudehnen[26]. Die ursprünglich ausschließlich für die Stahlindustrie geschaffene Regelung war von dieser erfolgreich in Anspruch genommen worden und sollte nun auch Personalanpassungsmaßnahmen in anderen Wirtschaftszweigen flankieren. Voraussetzung war nach wie vor, dass der hiervon betroffene Arbeitsmarkt neben der Strukturkrise im Wirtschaftszweig außergewöhnliche Verhältnisse aufwies, wie inzwischen auch der Bereich Steinkohlebergbau. Zukünftig allerdings sollte den in der betriebsorganisatorisch eigenständigen Einheit zusammengefassten Arbeitnehmern Qualifizierungsmaßnahmen angeboten werden[27]. Da letzteres lediglich als Soll-Vorschrift in § 63 Abs. 4 AFG formuliert wurde, war die Qualifizierung keine Anspruchsvoraussetzung für die Gewährung von Struktur-Kurzarbeitergeld dem Grunde nach, jedoch für die Gewährung von Struktur-Kurzarbeitergeld über die Dauer von 6 Monaten hinaus. Im Gegensatz zur derzeitigen Regelung durften qualifizierte Arbeitnehmer in dasselbe Unternehmen und sogar in den ursprünglichen Betrieb zurückkehren. Im nicht-juristischen Umfeld wurde daher von einem „Parken“ der Arbeitnehmer in der betriebsorganisatorisch eigenständigen Einheit gesprochen, was seitens des Gesetzgebers nicht beabsichtigt gewesen war.

b) Einführung von § 63 Abs. 5 AFG-DDR zum 1.7.1990

Aufgrund des Zusammenbruchs der ostdeutschen Wirtschaft nach der Herstellung der Wirtschafts-, Währungs-, und Sozialunion im Juli 1990 wurde mit § 63 Abs. 5 AFG-DDR eine bis 31.12.1991 befristete Übergangsregelung geschaffen, um den besonderen Bedingungen des Arbeitsmarktes im Osten gerecht zu werden. Von der westdeutschen Regelung unterschied sich § 63 Abs. 5 AFG-DDR im Normzweck nicht. Der Einrichtung betriebsorganisatorisch eigenständiger Einheiten

[24] Gesetz zur Verlängerung beschäftigungsfördernder Vorschriften (Beschäftigungsförderungsgesetz – BeschFG 1990), BGBl. I 1989 S. 2406.
[25] Mit Beschäftigungsförderungsgesetz 1994 (BeschFG 1994) vom 26.7.1994, BGBl. I 1994 S. 1786.
[26] Bericht des Ausschusses für Arbeit und Sozialordnung, BT-Drs. 11/5654, S. 9.
[27] BT-Drs. 11/5654, S. 13.

kam ebenfalls eine Brückenfunktion[28] zu; den Unternehmen sollten in den Einheiten qualifizierte Arbeitskräfte und den Arbeitnehmern ihre Arbeitsplätze erhalten bleiben. Eine Rückkehr und erneute Beschäftigung innerhalb des ursprünglichen Betriebes oder anderen Betriebes desselben Unternehmens nach Abschluss der Qualifizierungsmaßnahme war sogar erwünscht. Die Arbeitnehmer in den betriebsorganisatorisch eigenständigen Einheiten waren schließlich – anders als Teilnehmer von Arbeitsbeschaffungsmaßnahmen – leistungsfähiges Personal und damit anpassungsfähig an die veränderte Arbeitsmarktlage[29]. Der Unterschied der Regelungen lag in einem weiteren Anwendungsbereich des § 63 Abs. 5 AFG-DDR. Wie in Westdeutschland erst Jahre später war es ausreichend, dass betriebliche Strukturveränderungen zu dem Arbeitsausfall führten und mit der Einrichtung betriebsorganisatorisch eigenständiger Einheiten Entlassungen vermieden werden konnten. § 17 Abs. 1 KSchG war nicht zu beachten, so dass auch Kleinbetriebe erfasst waren. Das bedeutete für den Osten, dass sogar Betriebe öffentlicher Verwaltungen Struktur-Kurzarbeitergeld beanspruchen konnten; im Westen war dies undenkbar, da eine „Strukturkrise“ Betriebe öffentlicher Verwaltungen – seinerzeit – nicht betreffen konnte.

c) Eingliederung des AFG in das SGB III 1998

aa) Arbeitsförderungs-Reformgesetz 1998

Eine größere inhaltliche Änderung erfolgte durch die umfassende Reform und Eingliederung des Arbeitsförderungsgesetzes in das SGB III[30], mit dem die Regelung bis 31.12.2002 fortgeschrieben wurde. Ausgehend von der Überlegung, die Einrichtung betriebsorganisatorisch eigenständiger Einheiten werde wegen der vom bisherigen Arbeitgeber zu tragenden Kosten (Sozialversicherungsbeiträge trotz Struktur-Kurzarbeitergeld u.a.) eher zu wenig als zu viel in Anspruch genommen[31], hatte der Gesetzgeber keine Bedenken gegen eine erneute Verlänge-

---

[28] Vgl. *Völkel*, AuA 1993, S. 1 (2); vgl. auch *Kaiser*, NZA 1992, S. 193 ff..

[29] *Ladensack*, AuA 1992, S. 326 (327); *Osenberg*, S. 31 zu den Arbeitsförderung-Beschäftigung-Strukturentwicklungs-(kurz: ABS-) Gesellschaften in Ostdeutschland.

[30] Durch Gesetz zur Reform der Arbeitsförderung (Arbeitsförderungs-Reformgesetz – AFRG) vom 24.3.1997, BGBl. I 1997 S. 594 (638).

[31] Begründung zum Entwurf des AFRG, BT-Drs. 13/4941, S. 140 (147).

rung der Fördermöglichkeit. Zukünftig war zur Vermeidung von Feststellungsschwierigkeiten nur noch entscheidend, ob Strukturveränderungen in einem Betrieb mit einer Einschränkung oder Stilllegung des Betriebes oder wesentlicher Betriebsteile verbunden waren und damit Personalanpassungsmaßnahmen in einem erheblichen Umfang einhergingen[32]. Nach wie vor war Voraussetzung, dass durch die Einrichtung der betriebsorganisatorisch eigenständigen Einheit anzeigepflichtige Entlassungen nach § 17 Abs. 1 KSchG vermieden werden konnten; die Einheiten sollten nur für größere Unternehmen mit entsprechend großer Anzahl betroffener Mitarbeiter eine den Personalabbau flankierende Maßnahme darstellen können.

bb) Einmalzahlungs-Neuregelungsgesetz 2000

Aufgrund der Erfahrungen der Arbeitsverwaltung, dass sich das Instrument der betriebsorganisatorisch eigenständigen Einheit in der Praxis als Alternative zu Arbeitsbeschaffungsmaßnahmen entwickelt hatte, verlängerte der Gesetzgeber die Förderung bis 31.12.2006[33]. Die Unternehmen sollten Planungssicherheit erlangen für aufgrund zunehmender Globalisierung der Märkte erforderliche Strukturanpassungsmaßnahmen. Der Gesetzgeber war sich bewusst, dass die Wirtschaft in den nächsten Jahren einem ständigen Anpassungsprozeß unterworfen sein würde und erhoffte sich, dass die während der Kurzarbeit vom Arbeitgeber durchzuführenden (und zu finanzierenden) Qualifizierungsmaßnahmen gut ausgebildetes Personal für den Arbeitsmarkt bereitstellen würden[34].

d) Job-AQTIV-Gesetz 2002

Mit dem „Job-AQTIV-Gesetz“[35] schuf man die auch für kleinere Betriebe mit in der Regel nicht mehr als 20 Arbeitnehmern die Möglichkeit, durch Einrichtung betriebsorganisatorisch eigenständiger Einheiten zu fördern. Nach der bisherigen Entwicklung waren die Einheiten hauptsächlich bei externen Gesellschaften ein-

[32] Begründung zum Entwurf des AFRG, BT-Drs. 13/4941, S. 140 (147).
[33] Mit Gesetz zur Neuregelung der sozialversicherungsrechtlichen Behandlung von einmalig gezahltem Arbeitsentgelt (Einmalzahlungs-Neuregelungsgesetz) vom 21.12.2000, BGBl. I 2000 S. 1971.
[34] Begründung zum Einmalzahlungs-NeuregelungsG, BT-Drs. 14/4371, S. 11.
[35] Gesetz zur Reform der arbeitsmarktpolitischen Instrumente vom 10.12.2001, BGBl. I 2001 S. 3443.

gerichtet worden. Die externen Gesellschaften hatten den Vorteil erkannt, dass sie die betriebsorganisatorisch eigenständigen Einheiten kostengünstig für mehrere – auch unterschiedliche – Unternehmen einrichten konnten. Damit wurden die Einheiten für kleinere Betriebe sehr interessant. Denn eine interne betriebsorganisatorisch eigenständige Einheit war für einen kleineren Betrieb aufgrund des Erfordernisses der räumlichen Trennung vom übrigen Betrieb und Ausgliederung aus dem laufenden Produktionsprozess organisationstechnisch kaum durchführbar. Erforderlich war indes auch im Kleinbetrieb, dass der Personalabbau eine gewisse Intensität erreicht: Für mindestens 20 v.H. der im Kleinbetrieb beschäftigten Arbeitnehmer mussten durch die Einrichtung der betriebsorganisatorisch eigenständigen Einheit Entlassungen vermieden werden können.

3. Neuordnung der Vorschriften zur Einrichtung der betriebsorganisatorisch eigenständigen Einheiten zum 1.1.2004

Mit der Umsetzung der Gesetzesvorschläge der Hartz-Kommission wurde das SGB III grundlegend reformiert. Der Abbau der Arbeitslosigkeit steht im Vordergrund. Der Regelungsbereich der Einrichtung betriebsorganisatorisch eigenständiger Einheiten mit dem Fernziel der Förderung durch Transfer-Kurzarbeitergeldes wurde am 23.12.2003 durch das Dritte Gesetz für moderne Dienstleistungen am Arbeitsmarkt[36] (Hartz III) geändert und in den Transferleistungen neugefasst; die Regelung wurde erstmals entfristet.

[36] BGBl. I 2003 S. 2848 (2866).

§ 2 Die betriebsorganisatorisch eigenständige Einheit

Es stellt sich zunächst die Frage, welche unternehmenspolitischen Situationen Anlass der Einrichtung betriebsorganisatorisch eigenständiger Einheiten sein können, insbesondere, ob hierfür jede betriebliche Veränderung mit Personalabbau ausreichend ist. Von Interesse ist auch, welche Rechtsnatur der betriebsorganisatorisch eigenständigen Einheit zukommt, ob das BetrVG auf sie Anwendung findet und ob sie tariffähig ist.

I. Voraussetzungen der Einrichtung einer Einheit

Unter welchen Voraussetzungen eine betriebsorganisatorisch eigenständige Einheit eingerichtet werden kann, ergibt sich aus arbeitsförderungsrechtlichen Vorschriften, §§ 216 b Abs. 2, Abs. 3, 216 a Abs. 1 Satz 3 SGB III, die (auch) das Fernziel Transfer-Kurzarbeitergeld normieren. Sie setzen eine Betriebsänderung nach § 111 BetrVG voraus, unabhängig von Unternehmensgröße und Geltung des BetrVG.

1. Betriebsänderung i.S.d. § 111 BetrVG

Für die Einrichtung betriebsorganisatorisch eigenständiger Einheiten ist bedeutsam, welche Kriterien einer Betriebsänderung nach § 111 BetrVG vorliegen müssen. Zunächst erfasst eine Betriebsänderung nach § 111 Satz 1 BetrVG alle (geplanten) betrieblichen Maßnahmen, die zu einer Änderung der betrieblichen Organisation, der Struktur, des Tätigkeitsbereichs, der Arbeitsweise, der Fertigung, des Standorts und dergl. führen, sofern sie wesentliche Nachteile für die Belegschaft (d.h. für die Gesamtheit der Arbeitnehmer des Betriebes) oder erhebliche Teile der Belegschaft zur Folge haben können. Das bedeutet nicht, dass die geplante Betriebsänderung auf einer bewussten und freien Entscheidung des Unternehmers beruhen muss[37]; auch eine Betriebsänderung, die aufgrund drohender Eröffnung des Insolvenzverfahrens ansteht, erfüllt den Tatbestand des § 111

[37] BAG v. 17.9.1974, AP Nr. 1 zu § 113 BetrVG 1972 mit Anm. *Uhlenbruck/Richardi* = BB 1974, S. 1483 (1484); BAG v. 13.12.1978, AP Nr. 6 zu § 112 BetrVG 1972 = BB 1979, S. 267 (267); *Löwisch/Kaiser*, BetrVG § 111 Rdnr. 21.

BetrVG. Demnach können alle Konstellationen von Betriebsänderungen, die (auch) Personalabbau zur Folge haben, Anlass zur Einrichtung betriebsorganisatorisch eigenständiger Einheiten geben.

a) Stilllegung/Einschränkung eines Betriebs/wesentlichen Betriebsteils, § 111 Satz 3 Nr. 1 BetrVG

Möglicher Anlass für die Einrichtung einer Einheit könnte die Stilllegung oder Einschränkung eines Betriebs oder wesentlichen Betriebsteils i.S.d. § 111 Satz 3 Nr. 1 BetrVG sein. Die Stilllegung ist die Auflösung der zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmern bestehenden Betriebs- und Produktionsgemeinschaft[38], wobei beim Betriebsbegriff § 1 Abs. 1 BetrVG sowie § 4 Abs. 1 BetrVG zugrundezulegen sind. Der Arbeitgeber muss die wirtschaftliche Betätigung in ernstlicher Absicht einstellen und darf den bisherigen Betriebszweck dauernd oder für eine ihrer Dauer nach unbestimmte Zeit nicht weiterverfolgen[39]. Aus der Absicht wird erst mit Auflösung der Arbeitsverhältnisse eine Stilllegung. Keine Stilllegung liegt vor, wenn der Betrieb nur für einen bestimmten Zeitraum eingestellt werden soll, um anschließend wieder aufgenommen zu werden und dabei den Arbeitnehmern mit der Zusicherung, sie wieder einzustellen, gekündigt wird. Es läge dann eine unerhebliche Betriebspause oder Betriebsunterbrechung vor[40]. Unschädlich ist die Weiterbeschäftigung einzelner Arbeitnehmer zum Zwecke der Abwicklung[41].

Bei einer Betriebseinschränkung bleibt der Betrieb als betriebsverfassungsrechtliche Organisationseinheit bestehen[42]. Der Betriebszweck wird weiterverfolgt, aber es wird die sächliche Leistungsfähigkeit z.B. über Leistungsdrosselung, Außerbetriebsetzung von Maschinen und dergl. auf Dauer vermindert sowie die personelle

---

38 St. Rspr. des BAG, vgl. nur BAG v. 27.6.1995, AP Nr. 7 zu § 4 BetrVG 1972 = SAE 1996, S. 302 (303) mit Anm. *v. Hoyningem-Huene*; BAG v. 16.6.1987, AP Nr. 20 zu § 111 BetrVG 1972 mit Anm. *Löwisch/Göller* = BB 1987, S. 2231 (2232); BAG v. 27.9.1984, AP Nr. 39 zu § 613 a BGB = NJW 1986, S. 91 (93); *Fitting*, BetrVG § 111 Rdnr. 65; *v. Hoyningen-Huene*, BetrVR § 15 II. 2. b).

39 BAG v. 21.6.2001, AP Nr. 50 zu § 15 KSchG 1969 = NZA 2002, S. 212 (214); BAG v. 6.6.1978, AP Nr. 2 zu § 111 BetrVG 1972 mit Anm. *Ehmann* = DB 1978, S. 1650 (1650); *Fitting*, BetrVG § 111 Rdnr. 65; Richardi/*Annuß*, BetrVG § 111 Rdnr. 56 ff..

40 BAG v. 27.9.1984, AP Nr. 39 zu § 613 a BGB = NJW 1986, S. 91 (93); Richardi/*Annuß*, BetrVG § 111 Rdnr. 61.

41 BAG v. 14.10.1982, AP Nr. 1 zu § 1 KSchG 1969 Konzern mit Anm. *Wiedemann* = NJW 1984, S. 381 (381 Ls.).

42 Richardi/*Annuß*, BetrVG § 111 Rdnr. 68.

Leistungsfähigkeit durch Entlassungen herabgesetzt. Die Einschränkung muss erheblich, von Dauer und ungewöhnlich sein[43]. Davon geht man aus, wenn die Maßnahme einen erheblichen Teil der Gesamtbelegschaft betrifft.

Hauptgrund für die Einrichtung der betriebsorganisatorisch eigenständigen Einheit ist, dass eine betriebswirtschaftlich oder technologisch abgrenzbare Organisationseinheit aufgrund der wirtschaftlichen Lage stark verkleinert oder ganz geschlossen werden muss. Dabei ist von einem Betriebsteil i.S.d. § 111 Satz 3 Nr. 1 BetrVG stets auszugehen, soweit die Stilllegung eine(n) Betriebs(ab)teil(ung) nach § 4 Abs. 1 BetrVG, § 15 Abs. 1 KSchG betrifft.

Die Rechtsprechung hat bisher ausdrücklich offengelassen, ob eine ausschließlich qualitativ erhebliche Bedeutung des Betriebsteils bspw. bzgl. des Produktionsbeitrags für den gesamten Betrieb ausreicht, um ihn als wesentlich einzustufen[44] und dies auf Gründe der Rechtssicherheit und Praktikabilität gestützt. Dies wird in der Literatur überwiegend kritisch gesehen[45]. Die wirtschaftliche Bedeutung alleine spielt also auch bei entsprechend hoher Beschäftigtenzahl im Betriebsteil keine entscheidende Rolle. Allerdings hat das *BAG* nicht ausgeschlossen, dass der wirtschaftliche Faktor mit in die Prüfung einbezogen werden kann[46]. Nach wie vor übereinstimmend erfolgt daher eine sachgerechte Bestimmung eines wesentlichen Betriebsteils dadurch, ob seine Stilllegung/Einschränkung für erhebliche Teile der Gesamtbelegschaft nachteilig ist. Hier wendet man die von der Rechtsprechung zu § 17 Abs. 1 KSchG (Anzeigepflicht bei Massenentlassungen)[47] entwi-

---

43 *Bauer*, DB 1994, S. 217 (219); BAG v. 22.5.1979, AP Nr. 3 zu § 111 BetrVG 1972 mit Anm. *Birk* = BB 1979, S. 1501 (1503), *Fitting*, BetrVG § 111 Rdnr. 72.

44 BAG v. 6.12.1988, AP Nr. 26 zu § 111 BetrVG 1972 = NZA 1989, S. 399 (400), nochmals abgedruckt in NZA 1989, S. 557 (558); BAG v. 21.10.1980, AP Nr. 8 zu § 111 BetrVG 1972 mit Anm. *Seiter* = NJW 1981, S. 2599 (2600).

45 Richardi/*Annuß*, BetrVG § 111 Rdnr. 84; MünchArbR/*Matthes*, § 360 Rdnr. 48; DKK/*Däubler*, BetrVG § 111 Rdnr. 44; offengelassen von *Fitting*, BetrVG § 111 Rdnr. 70; so aber eindeutig *Rumpff/Boewer*, S. 286 Rdnr. 97, der entweder die quantitative oder qualitative Bedeutung des Betriebsteils für den Gesamtbetrieb ausreichen lässt.

46 So bereits BAG v. 6.6.1978, AP Nr. 2 zu § 111 BetrVG 1972 mit Anm. *Ehmann* = DB 1978, S. 1650 (1650 f.); BAG v. 7.8.1990, AP Nr. 34 zu § 111 BetrVG 1972 = NZA 1991, S. 113 (114); *Herman*, S. 65.

47 St. Rspr., zuletzt BAG v. 10.12.1996, AP Nr. 32 zu § 113 BetrVG 1972 = BB 1997, S. 1899 (1900); Richardi/*Annuß*, BetrVG § 111 Rdnr. 85; MünchArbR/*Matthes*, § 360 Rdnr. 50; DKK/*Däubler*, BetrVG § 111 Rdnr. 46; *Fitting*, BetrVG § 111 Rdnr. 69, 74 ff..

ckelten Zahlen- und Prozentwerte an.

b) Reiner Personalabbau

Auch reiner Personalabbau ist eine Betriebseinschränkung i.S.v. § 111 Satz 3 Nr. 1 BetrVG, selbst wenn sächliche Betriebsmittel unverändert bleiben[48]. Personalabbau kann also sowohl Ursache als auch Folge einer Betriebseinschränkung sein[49]. Soweit für die herrschende Meinung[50] reiner Personalabbau der Hauptanwendungsbereich für die Einrichtung betriebsorganisatorisch eigenständiger Einheiten ist, ist *Bieback*[51] einschränkend der Auffassung, der reine Personalabbau dürfe jedenfalls nicht die Einrichtung der Einheiten zur Erlangung einer Förderung mit Transfer-Kurzarbeitergeld rechtfertigen. Der reine Personalabbau sei vom Normzweck des § 216 b SGB III nicht erfasst. Ein Betrieb mit gleichbleibendem Produktionsvolumen könne eine Verringerung der Belegschaft aus eigener Kraft sozialverträglich gestalten. Nicht berücksichtigt wird dabei, dass auch technische Entwicklungen zu erhöhten Produktionskosten bei geringerem Arbeitskräftebedarf führen können, die durch gleichbleibendes Produktionsvolumen nicht kompensiert werden. Ob erhebliche Teile der Belegschaft von Entlassungen betroffen sind, hängt auch hier davon ab, ob die Zahlenwerte des § 17 Abs. 1 KSchG erreicht werden. Bei Bezugnahme allein auf den Maßstab des § 17 Abs. 1 KSchG werden allerdings nicht alle für die Einrichtung betriebsorganisatorisch eigenständiger Einheiten im Rahmen des § 111 Satz 3 Nr. 1 BetrVG denkbaren Fallkonstellationen erfasst; die Regel bedarf daher einer Anpassung[52]:

Eine erste Modifizierung ist für Großbetriebe mit mehr als 1000 Arbeitnehmern vorzunehmen. Dort ist eine Entlassung von mindestens 30 Arbeitnehmern nicht stets ein ‚erheblicher Teil der Belegschaft'. Insoweit ist entsprechend § 17 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 KSchG auf einen bestimmten Prozentsatz abgestellt; wenigstens

---

48 St. Rspr., vgl. BAG v. 6.12.1988, AP Nr. 26 zu § 111 BetrVG 1972 mit Anm. *Streckel* = BB 1989, S. 1058 (1058 f.) und durch § 112 a BetrVG gesetzlich bestätigt.

49 BAG v. 10.12.1996 – 1 AZR 290/96 – AP Nr. 32 zu § 113 BetrVG 1972 = BB 1997, S. 1899 (1900), dort wurde den von der Betriebsänderung in Form des § 111 S. 2 Nrn. 2 und 4 BetrVG betroffenen Arbeitnehmern eine zumutbare Weiterbeschäftigung angeboten. Erst nach deren Widerspruch führte die Betriebsänderung zu Entlassungen.

50 H.M.; vgl. Eicher/Schlegel/*Estelmann*, SGB III § 216 b Rdnr. 57.

51 Gagel/*Bieback*, SGB III § 216 b Rdnr. 51.

52 GK-BetrVG/*Oetker*, § 111 Rdnr. 72.

5 v.H. der Gesamtbelegschaft des Betriebes (nicht des Betriebsteils, nicht des Unternehmens)[53] müssen betroffen sein. Die zweite Modifizierung betrifft die Kleinbetriebe eines Unternehmens mit regelmäßig mehr als 20 Arbeitnehmern. Die Zahlenwerte des § 17 Abs. 1 KSchG beginnen bei Betrieben mit in der Regel mehr als 20 Arbeitnehmern. Demgegenüber spricht § 111 Satz 1 BetrVG von Betriebsänderungen in Unternehmen mit in der Regel über 20 Arbeitnehmern. § 111 Satz 1 BetrVG erfasst demnach auch Kleinbetriebe von unter 20 Arbeitnehmern, solange sie Teil eines Unternehmens mit mehr als 20 Arbeitnehmern sind.

Unterhält bspw. ein großes Unternehmen neben der Zentrale mit 50 Arbeitnehmern mehrere Filialbetriebe, in denen zwischen 5 und 15 Arbeitnehmer beschäftigt sind und sollen in jedem Betrieb 2-3 Arbeitnehmer entlassen werden, weil deren Arbeitsplätze weggefallen sind, stellt sich die Frage, ob durch diesen Personalabbau ein erheblicher Teil der Gesamtbelegschaft betroffen ist. Hierfür wird in der Regel § 17 Abs. 1 KSchG als Maßstab herangezogen, s.o.. Die Voraussetzung des § 111 Satz 1 BetrVG, dass im Unternehmen mehr als 20 Arbeitnehmer beschäftigt sind, ist gegeben. In den einzelnen (Filial-) Betrieben sind jeweils weniger als 20 Arbeitnehmer beschäftigt. Die Zahlen- und Prozentwerte des § 17 Abs. 1 Satz 1 KSchG gehen von einer Mindestbetriebsgröße von mehr als 20 Arbeitnehmern aus; zu der aufgezeigten Konstellation lässt sich daraus nichts entnehmen. Vertreten wird die Ansicht, dass auf derartige Betriebe die Zahlenwerte des § 17 Abs. 1 KSchG keine Anwendung finden können, da eine Entlassung den Grenzwert des § 17 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 KSchG nicht erreichen kann[54]. Andere wollen § 112 a Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 BetrVG analog heranziehen[55]. Danach wäre ein Personalabbau im Kleinbetrieb (mit in der Regel weniger als 60 Arbeitnehmern) wesentlich, wenn durch die Entlassung 20 v.H. der regelmäßig Beschäftigten, mindestens jedoch 6 Arbeitnehmer betroffen sind. Begründet wird dies damit, dass auch die vorgelagerte Betriebsänderung bejaht werden müsse, wenn die Sozialplanpflichtigkeit eines reinen Personalabbaus angeordnet sei.

---

[53] St. Rspr., vgl. BAG v. 7.8.1990, AP Nr. 34 zu § 111 BetrVG 1972 = NZA 1991, S. 113 (114); *v. Hoyningen-Huene*, BetrVR § 15 II. 2. b) (1).

[54] GK-BetrVG/*Oetker*, § 111 Rdnr. 73.

[55] *Löwisch/Kaiser*, BetrVG § 111 Rdnr. 25; *Löwisch*, BB 2001, S. 1790 (1797); bereits vor der Reform des BetrVG *Rumpff/Boewer*, S. 287 Rdnr. 98.

Diese Ansichten überzeugen nicht. Diejenigen, die § 112 a BetrVG entsprechend heranziehen, übersehen den Regelungszweck der darin enthaltenen Zahlen- und Prozentwerte. Die Erzwingung eines Sozialplans kann gegen den Willen des Unternehmers erreicht werden und kann die unternehmerische Entscheidung hinsichtlich eines Personalabbaus stark beeinflussen. Von der Verpflichtung, einen Sozialplan aufzustellen, soll der Unternehmer gerade in kleinen Betrieben befreit sein, es sei denn, die Entlassungen erreichen die in § 112 a BetrVG genannte Größenordnung. Die Frage, wann die Entlassungen in einem Kleinbetrieb einen erheblichen Teil der Belegschaft betreffen, kann damit jedoch nicht beantwortet werden, da auch im Rahmen des § 112 a Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 BetrVG – wie nach § 17 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 KSchG – mindestens 6 Arbeitnehmer entlassen werden müssen. In einem Betrieb mit 6 Arbeitnehmern wäre bei einer Entlassung von 3 Arbeitnehmern nach dieser Ansicht kein erheblicher Teil der Belegschaft betroffen, obwohl unstreitig die Hälfte der Betriebsbelegschaft entlassen wird.

Überzeugender ist folgender Ansatz: § 17 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 KSchG findet in Kleinbetrieben entsprechend Anwendung mit der Maßgabe, dass der Zahlenwert der Vorschrift nicht im (Klein-) Betrieb erreicht werden muss, sondern unternehmensbezogen gilt. D.h. in den Kleinbetrieben des Unternehmens müssen durch Betriebsstilllegung oder -einschränkung zusammen insgesamt mehr als 5 Arbeitnehmer von der Entlassung betroffen sein. Nur diese Auslegung trifft den Normzweck des § 111 Satz 1 BetrVG im Rahmen der Einrichtung betriebsorganisatorisch eigenständiger Einheiten. Wenn – wie im Beispielsfall – ein zahlenmäßig großes Unternehmen fast ausschließlich mit Kleinbetrieben arbeitet, kann nicht entscheidend sein, was in den einzelnen Betrieben geschieht. Vielmehr ist die Unternehmerentscheidung maßgebend, die einen massiven Personalabbau durchführt. Dieser muss die Beteiligungsrechte des Betriebsrates bzw. Gesamtbetriebsrates auslösen. Die Tatsache, dass – im Zweifel branchenbedingt – nur Kleinbetriebe unterhalten werden, darf sich nicht zu Lasten der Belegschaft auswirken. Der Personalabbau betrifft insgesamt bezogen auf das Unternehmen einen erheblichen Teil der Gesamtbelegschaft, nämlich über 5 v.H. der Arbeitnehmer.

c) Sonstige Betriebsänderungen, § 111 Satz 3 Nr. 2-5 BetrVG

Die übrigen in § 111 Satz 3 Nr. 2-5 BetrVG genannten Erscheinungsformen von Betriebsänderungen führen nicht unmittelbar zu Entlassungen und sind daher Vorstufe der Einrichtung einer betriebsorganisatorisch eigenständigen Einheit. Sie können aufgrund der vorausgegangenen Unternehmerentscheidung mittelbar Personalabbau zur Folge haben.

2. Jede betriebliche Veränderung mit Personalabbau

Möglicherweise genügt zur Einrichtung einer betriebsorganisatorisch eigenständigen Einheit jede Betriebsänderung in Form einer betrieblichen Veränderung, mit der Personalabbau einhergeht. Die Betriebsänderung als Voraussetzung zur Einrichtung einer Einheit könnte als formales Kriterium gesehen werden; §§ 216 b Abs. 2, 216 a Abs. 1 Satz 3 SGB III verweist auf Betriebsänderungen i.S.d. § 111 BetrVG, unabhängig von Unternehmensgröße und Geltungsbereich des BetrVG.

a) Kleinbetriebe in Kleinunternehmen

Es stellt sich die Frage, welche Größenordnung der Personalabbau in Kleinbetrieben haben muss, die Teil eines Unternehmens mit in der Regel weniger als 20 Arbeitnehmern sind. Seit 1.1.2002[56] soll auch Kleinbetrieben von Kleinunternehmen bei betrieblichen Veränderungen mit Personalabbau die Möglichkeit der Einrichtung betriebsorganisatorisch eigenständiger Einheiten offen stehen, die Anwendung des § 17 KSchG bildet jedoch weder betriebs- noch unternehmensbezogen einen geeigneten Maßstab. In derartigen Kleinbetrieben wird meist der reine Personalabbau die einzige betriebliche Veränderung sein. Es ist also zu überlegen, wie die entwickelten Maßstäbe hinsichtlich der von Entlassung betroffenen Arbeitnehmer auch für Kleinstbetriebe in Kleinunternehmen gelten. Unstreitig kann auch in diesen Betrieben nicht jede Personalanpassungsmaßnahme ausreichen, sondern es sollte eine vergleichbare Größenordnung erreicht werden.

[56] Gesetz zur Reform der arbeitsmarktpolitischen Instrumente v. 10.12.2001, BGBl. I 2001 S. 3443.

Um von einem erheblichen Teil des betroffenen Personals auszugehen, sind die Zahlenwerte des § 17 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 KSchG für den Kleinbetrieb entsprechend umzurechnen. Soweit diese Vorschrift in Betrieben mit in der Regel mehr als 20 und weniger als 60 Arbeitnehmern verlangt, dass mehr als 5 (da wegen § 23 Abs. 1 Satz 4 KSchG nach Köpfen gezählt wird), also 6 Arbeitnehmer entlassen werden, stellt dies ein Verhältnis zur Gesamtbelegschaft von 20 v.H. dar. Dieser Prozentsatz ist auch im Kleinbetrieb anwendbar[57] und erfasst je nach Größe des Betriebs entsprechend umfangreiche Entlassungen, die es ermöglichen, eine betriebsorganisatorisch eigenständige Einheit zu gründen.

Damit kann ein einzelner (zu entlassender) Arbeitnehmer im Kleinbetrieb in eine betriebsorganisatorisch eigenständige Einheit wechseln. Dies ist vor dem Hintergrund der am jeweiligen – unterschiedlichen – Normzweck der Regelungen § 111 BetrVG und § 216 b SGB III orientierten Auslegung auch konsequent.

Sollen dem Betriebsrat im Rahmen des § 111 BetrVG Beteiligungsrechte zustehen, um sicherzustellen, dass ein Ausgleich zwischen den Interessen des Unternehmers und den Interessen der von der Betriebsänderung betroffenen Arbeitnehmer erfolgt[58], ist diese Mitwirkung im Kleinbetrieb nicht erforderlich. Auswirkungen einer Betriebsänderung auf einen erheblichen Teil der Belegschaft muss nicht unter gewisser Kontrolle einer Mitarbeitervertretung stehen, da der Betriebsinhaber mit seinen Mitarbeitern in der Regel persönlich bekannt ist. Er unterliegt bei seiner Unternehmerentscheidung, eine Betriebsänderung durchzuführen, faktisch einer persönlichen Kontrolle. Daraus folgt, Beteiligungsrechte des Betriebsrats und eine mögliche Sozialplanpflichtigkeit sind zum Schutz des Betriebsfriedens und der Arbeitnehmerbelange bei Unternehmen mit in der Regel weniger als 20 Arbeitnehmern nicht erforderlich. Demgegenüber soll durch die Einrichtung einer betriebsorganisatorisch eigenständigen Einheit als arbeitsmarktpolitisches Instrument Arbeitslosigkeit verhindert und betriebliche Restrukturierungsmaßnah-

[57] Ähnlich Eicher/Schlegel/*Estelmann*, SGB III § 216 b Rdnr. 68; a.A. *Welkoborsky*, NZS 2004, S. 509 (510), der für ausreichend hält, dass eine Betriebsänderung i.S.d. § 111 Satz 3 Nr. 1-5 BetrVG vorliegt, durch die für die Belegschaft oder Teile von ihr wesentliche Nachteile entstehen können, so dass genügt – insoweit ist ihm im Ergebnis zustimmen –, dass ein Arbeitnehmer von der Betriebsänderung betroffen ist.

[58] Richardi/*Annuß*, BetrVG § 111 Rdnr. 15.

men begleitet werden. Im Gegensatz zu den grundsätzlich nachteiligen Folgen einer Betriebsänderung nach § 111 BetrVG wird mit der Personalanpassungsmaßnahme mittels betriebsorganisatorisch eigenständiger Einheit ein Ausscheiden aus dem bisherigen Betrieb gerade gefördert. Mittelbar wird der interne Betriebsfrieden des personalabgebenden Betriebs wegen des einverständlichen Ausscheidens der Arbeitnehmer sogar positiv beeinflusst.

Für die betriebliche Praxis ist zu beachten, dass die Arbeitsverwaltung in ihren Interpretationshilfen[59] für das Transfer-Kurzarbeitergeld Größenordnungen von Entlassungen in Kleinbetrieben schlicht unberücksichtigt lässt. Da die Einrichtung von betriebsorganisatorisch eigenständigen Einheiten meist als Mittel zur Erlangung der Fördermittel nach § 216 b SGB III dient, deren Bewilligung von den Agenturen unterschiedlich gehandhabt wird, sollten daher im Vorfeld Gespräche mit der zuständigen Agentur für Arbeit geführt werden.

b) Öffentlich-rechtliche und kirchliche Betriebe

Von Interesse ist weiter, ob auch Verwaltungen und Betriebe des Bundes, der Länder, der Gemeinden und sonstigen Körperschaften, Anstalten und Stiftungen des öffentlichen Rechts, Betriebe sog. Tendenzunternehmen und die Kirchen betriebsorganisatorisch eigenständige Einheiten gründen können, möglicherweise mit dem Ziel der Förderung nach § 216 b SGB III.

Die Möglichkeit der Einrichtung betriebsorganisatorisch eigenständiger Einheiten ist unabhängig vom Geltungsbereich des BetrVG und der Unternehmensgröße. Entscheidend ist die rechtliche Gestaltung der personalabgebenden Betriebe. Zwischen den genannten und den Betrieben der Privatwirtschaft ist daher nicht zu differenzieren.

[59] Interpretationshilfen der Bundesagentur für Arbeit zu Transferleistungen, § 216 a SGB III Ziff. 2.2 Abs. 8.

c) Exkurs: Auswirkungen auf die Förderung nach § 216 b SGB III

Werden Unternehmen in selbständiger Rechtsform erwerbswirtschaftlich betrieben und befinden sie sich dadurch in einer Wettbewerbsituation mit privatwirtschaftlichen Unternehmen, müssten auch sie nach § 216 b SGB III betriebsorganisatorisch eigenständige Einheiten gründen können, um gleiche Wettbewerbsbedingungen für alle Marktteilnehmer zu gewährleisten[60]. Dabei geht der Gesetzgeber davon aus, dass die Beschäftigungsprobleme in rein öffentlich-rechtlichen Betrieben nicht bestehen (dürfen) bzw. der Staat eine besondere Fürsorgepflicht gegenüber seinen Arbeitnehmern hat, so dass keine Entlastung öffentlicher Haushalte zu Lasten der Arbeitslosenversicherung vorgenommen werden darf[61]. Öffentliche Verwaltungen sowie unmittelbar von der öffentlichen Hand geführte Betriebe (Eigenbetriebe) ohne erwerbswirtschaftliche Zielsetzung sind daher – zurecht – von der Förderung durch Transfer-Kurzarbeitergeld nach § 216 b SGB III ausgeschlossen.

Die Möglichkeit der Einrichtung betriebsorganisatorisch eigenständiger Einheiten sowie Förderung von Kirchen ist mit Blick auf Art. 140 GG, Art. 137 WRV zu beantworten. Danach müssen alle Gesetze den Kirchen Wege offenhalten, damit sie von der zur Wahrnehmung ihrer Aufgaben unerlässlichen Freiheit der Bestimmung über Organisation, Normsetzung und Verwaltung Gebrauch machen können[62]. Ermöglicht bleiben muss den Kirchen in elementaren Bereichen ihrer Ordnung ein Gestaltungsfreiraum, der durch die allgemeinen Gesetze nicht eingeschränkt werden darf. Dieser Grundsatz gilt, wenn die Kirche durch ein allgemeines Gesetz nicht wie jedermann, sondern in ihrer Besonderheit als Kirche, insbesondere also in ihrem geistig-religiösen Auftrag betroffen wäre[63]. Im Umkehrschluss dürfen die allgemeinen Gesetze die Kirchen und ihre Betriebe nicht per se wegen ihrer Grundausrichtung und trotz Tätigkeit in zahlreichen Wirtschaftsberei-

---

60 Vgl. die Gesetzesbegründung für Gesetz v. 19.11.2004, BT-Drs. 15/3674, S. 9; *Welkoborsky*, NZS 2004, S. 509 (511); zu den vergleichbaren Betrieben zählen nach Eicher/Schelgel/*Estelmann*, SGB III § 216 b Rdnr. 54 auch Krankenkassen, nicht aber öffentlich-rechtliche Rundfunkanstalten.

61 BT-Drs. 15/3674, S. 9.

62 BVerfG v. 25.3.1980, AP Nr. 6 zu Art. 140 GG mit abl. Anm. *Rottmann* = BVerfGE 53, 366 (401); MünchArbR/*Richardi*, § 192 Rdnr. 7; *Richardi*, § 1 Rdnr. 10.

63 BVerfG v. 21.9.1976, BVerfGE 42, 312 (334 f.); ausführlich *Winter*, S. 111 f.; *Richardi*, § 1 Rdnr. 8 f..

chen wegen ihrer engen Verbindung zu einer Konfessionsgemeinschaft und deren Lehre von arbeitsrechtlichen Gestaltungsmöglichkeiten staatlicher Leistungen ausschließen. Allenfalls dann, wenn die kirchliche Eigenart der Betriebe und Einrichtungen berührt ist, kann es seitens des Staates geboten sein, Zurückhaltung zu üben bzw. Neutralität zu wahren. Sofern allerdings die Kirchen als Arbeitgeber und Betreiber von Wirtschaftsbetrieben in Erscheinung treten, findet das staatliche Arbeitsrecht grundsätzlich Anwendung. Im Einzelfall ist dann zu prüfen, ob die kirchlichen Betriebe in ihrer geistig-religiösen Aufgabenerfüllung berührt sind oder nicht.

Grundsätzlich können daher auch die beiden großen christlichen Kirchen, die zwar öffentlich-rechtlichen Status genießen, jedoch aufgrund ihrer einem Wirtschaftsunternehmen vergleichbaren Struktur mit ähnlichen Personalabbauproblemen zu kämpfen haben, betriebsorganisatorisch eigenständige Einheiten gründen. Schließlich finanziert sich der kirchliche Apparat hauptsächlich durch Steuereinnahmen, die wiederum Beschäftigung voraussetzen. Personalabbau in der Wirtschaft wirkt sich folglich unmittelbar auf die Beschäftigungsstruktur der Kirchen aus, so dass ein sozialverträglicher Personalabbau auch in diesem Bereich gefördert werden muss. Zudem sind die Beschäftigten der Kirche – soweit sie nicht wie Geistliche nicht auf Grund eines Arbeitsverhältnisses, sondern entsprechend ihres Amtes beschäftigt[64] werden – wie diejenigen der Privatwirtschaft steuer- und sozialabgabenpflichtig und „mitermöglichen“ durch ihre Abgaben u.a. auch die Leistungen der Arbeitsverwaltung im Rahmen der Arbeitsförderung.

3. Wesentliche Nachteile für die Belegschaft

Durch die Verweisung des § 216 b Abs. 3 Nr. 2 SGB III auf § 111 BetrVG müsste die geplante Betriebsänderung, die der Einrichtung der betriebsorganisatorisch eigenständigen Einheit vorausgeht, wesentliche Nachteile für die gesamte oder erhebliche Teile der Belegschaft zur Folge haben können. Generelle Beispiele für solche Nachteile sind längere Anfahrtszeiten, geringerer Verdienst oder, gar der Wegfall des Arbeitsplatzes. Umgesetzt werden kann dieser durch betriebsbeding-

[64] MünchArbR/*Richardi*, § 192 Rdnr. 11.

te oder arbeitgeberseitig veranlasste Eigenkündigung[65], soweit sie der betriebsbedingten Kündigung lediglich zuvorkommt; gleiches gilt für den Aufhebungsvertrag. Die Nachteile werden gemäß § 111 Satz 2 BetrVG zwar fingiert und müssen nicht gesondert festgestellt werden, ihr Eintritt muss jedoch wenigstens wahrscheinlich sein[66]. Ausreichend ist, dass durch die Betriebsänderung betriebsbedingte Kündigungen erforderlich wären. Nicht alle vom Arbeitsausfall betroffenen Arbeitnehmer müssen in die Einheit wechseln[67]. Mit der Einrichtung einer betriebsorganisatorisch eigenständigen Einheit soll lediglich die Entlassung vom Arbeitsausfall betroffener Arbeitnehmer vermieden werden.

4. Keine (Transfer-) Sozialplanpflichtigkeit

Ist für die Einrichtung betriebsorganisatorisch eigenständiger Einheiten weder die Unternehmensgröße noch die Großenordnung des Personalabbaus nach § 111 BetrVG Voraussetzung, stellt sich die Frage nach der Sozialplanpflichtigkeit der Maßnahme. § 216 b Abs. 2 SGB III verweist über § 216 a Abs. 1 Satz 3 SGB III lediglich auf § 111 BetrVG und gibt keinen Aufschluss über eine etwaige Sozialplanpflichtigkeit. § 216 b Abs. 5 Satz 2 i.V.m. § 216 a Abs. 4 SGB III bieten eine fakultative Beratungsleistung der Arbeitsverwaltung, die von den Betriebspartnern in Anspruch genommen werden kann; die Aufstellung eines Soziaplans wird nicht vorausgesetzt. Nach Sinn und Zweck einer betriebsorganisatorisch eigenständigen Einheit kann ein Sozialplan auch keine Voraussetzung für ihre Einrichtung sein. Kleinunternehmen steht diese arbeitsförderungsrechtliche Leistung ebenfalls zur Verfügung, das Bestehen eines Betriebsrat ist nicht erforderlich. Entscheidend sind die wirtschaftlichen Faktoren, die zum Personalabbau führen und die Größenordnung des Personalabbaus im Verhältnis zur Gesamtbelegschaft. Freilich kann die Einrichtung einer Einheit im (Transfer-) Sozialplan vereinbart werden, sofern ein solcher aufgestellt wird, zwingend ist er nicht.

---

65 BAG v. 19.7.1995, AP Nr. 96 zu § 112 BetrVG 1972 mit Anm. *v. Hoyningen-Huene* = BB 1995, S. 2534 (2534).

66 *V. Hoyningen-Huene*, BetrVR § 15 II. 3.

67 Gagel/*Bieback*, SGB III § 216 b Rdnr. 63 und schon § 175 (a.F.) Rdnr. 38; *Bachner/Schindele*, NZA 1999, S. 130 (131); KassHdbAFR/*Söhngen*, § 6 Rdnr. 107; *Eckhardt*, AuB 2000, S. 100 (101).

5. Ergebnis

Jede betriebliche Veränderung, bei der Personalabbau von mindestens 20 v.H. der Gesamtbelegschaft droht, kann Anlass für die Einrichtung einer betriebsorganisatorisch eigenständigen Einheit sein; die Aufstellung eines (Transfer-) Sozialplans, in dem die Einrichtung der Einheit vereinbart wird, ist nicht erforderlich.

II. Rechtsnatur der betriebsorganisatorisch eigenständigen Einheit

Welche Rechtsnatur der betriebsorganisatorisch eigenständigen Einheit zukommt, lässt sich allein anhand ihrer tatsächlichen Existenz nicht bestimmen; sie bedarf einer genaueren Untersuchung.

1. Definition

Zunächst stellt sich die Frage, wo der Gesetzgeber den Begriff „betriebsorganisatorisch eigenständige Einheit“ verwendet. Dies ist ausschließlich in § 216 b SGB III der Fall; die Vorschrift enthält jedoch keine Legaldefinition. Die Begriffsformulierung wurde bewusst offen gestaltet, um die Spielräume für die im Einzelfall erforderlichen Anpassungsmaßnahmen nicht unnötig einzuschränken[68]. Es ist mithin zu klären, ob es sich um einen Betrieb bzw. einen Betriebsteil oder auch um eine sonstige organisatorische Einheit handeln kann.

Eine Auslegung des Wortlauts verdeutlicht eine besondere Organisationsform. Die Einheit muss eine eigene und von bisherigen Betriebsorganisationen unabhängige Organisation aufweisen, wobei durch die Verwendung ‚betriebsorganisatorisch’ dennoch ein Bezug zu bisherigen Betriebsstrukturen zu erkennen ist.

2. Betrieb

Möglicherweise kommt der betriebsorganisatorisch eigenständigen Einheit im Kontext des Arbeitsförderungsrechts als Bestandteil des Sozialrechts eine völlig

[68] Vgl. Küttner/*Voelzke*, Personalbuch 2006 (98) Rdnr. 19 f..

eigene Bedeutung zu. Wie in anderen Gesetzen (z.B. dem BetrVG) ist der Betriebsbegriff im SGB III nicht definiert. Definitionen oder sonstige Bestimmungsversuche aus anderen Rechtsgebieten können nicht ohne weiteres herangezogen werden[69], da der Betriebsbegriff nach einhelliger Auffassung[70] teleologisch, also am Normzweck des jeweiligen Gesetzes orientiert auszulegen ist. Grundsätzlich stehen Sozialrecht und Arbeitsrecht nebeneinander; meist ergänzen, häufig überschneiden sie sich auch[71]. Das Verhältnis beider Teilrechtsordnungen ist daher im Sinne einer praktischen Konkordanz zu bestimmen, falls derselbe Sachverhalt nicht durch übereinstimmende Positivnormen geregelt wird[72]. Mithin wäre denkbar, dass sich der sozial- bzw. arbeitsförderungsrechtliche Betriebsbegriff vom arbeitsrechtlichen nicht unterscheidet und zur dogmatischen Einordnung auf den arbeitsrechtlichen Betriebsbegriff zurückgegriffen werden kann.

a) Arbeitsrechtlicher Betriebsbegriff

Das *BAG* versteht unter dem allgemeinen arbeitsrechtlichen Betriebsbegriff eine organisatorische Einheit, innerhalb deren ein Unternehmer allein oder in Gemeinschaft mit seinen Mitarbeitern mit Hilfe sachlicher und immaterieller Mittel bestimmte arbeitstechnische Zwecke fortgesetzt verfolgt[73]. Ohne Bedeutung ist, worin der arbeitstechnische Zweck besteht und weshalb er verfolgt wird.

b) Arbeitstechnische Zweckbestimmung

In der betriebsorganisatorisch eigenständigen Einheit besteht für den Qualifizierungsnehmer Kurzarbeit „Null“ im Hinblick auf seine bisherige Tätigkeit, so dass er

---

69 GK-BetrVG/*Kraft/Franzen*, § 1 Rdnr. 26; *Haase*, NZA 1988, Beil. 3, S. 11 (11); *Fitting*, BetrVG § 1 Rdnr. 62; *v. Hoyningen-Huene/Linck*, KSchG § 23 Rdnr. 3, wonach die Betriebsbegriffe des KSchG und BetrVG „nicht unbedingt identisch“ sind.

70 *Joost*, S. 12; *Schaub*, ArbR-Hdb. § 18 Rdnr. 1; *v. Hoyningen-Huene/Linck*, KSchG § 23 Rdnr. 4; *v. Hoyningen-Huene*, BetrVR § 3 II. 1.; APS/*Moll*, KSchR § 23 KSchG Rdnr. 7.

71 *Bieback*, ArbuR 1999, S. 209 (209); ausführlich mit Beispielen *v. Maydell*, FS für *Kissel*, S. 761 (769); nach *Stindt*, FS für *Weinspach*, S. 147 (157) hängen die Rechtsgebiete sogar wie siamesische Zwillinge aneinander.

72 *Meyer*, NZS 2002, S. 578 (578); *Bieback*, ArbuR 1999, S. 209 (210).

73 H.M., z.B. BAG v. 7.8.1986, AP Nr. 5 zu § 1 BetrVG 1972 mit Anm. *Wiedemann* = BB 1987, S. 193 (193); BAG v. 27.6.1995, AP Nr. 7 zu § 4 BetrVG 1972 mit Anm. *Kothe*; *Fitting*, BetrVG § 1 Rdnr. 63, GK-BetrVG/*Kraft/Franzen*, § 1 Rdnr. 28; *Richardi*, BetrVG § 1 Rdnr. 17; *v. Hoyningen-Huene*, BetrVR § 3 II. 1.; Schaub/*Linck*, ArbR-Hdb. § 47 Rdnr. 21; *Löwisch/Kaiser*, BetrVG § 1 Rdnr. 3.

den ursprünglichen arbeitstechnischen Zweck seines abgebenden Betriebes nicht mehr verfolgen können. Es stellt sich die Frage, ob überhaupt und bejahendenfalls, welche arbeitstechnische Zweckbestimmung die betriebsorganisatorisch eigenständige Einheit verfolgt. Eine wirtschaftlich-unternehmerische Zielsetzung, d.h., auf Erwerb oder Produktion gerichtete Zwecksetzung ist für die Betriebsabgrenzung ohne Bedeutung[74]. Es ist allein der arbeitstechnische Zweck maßgebend. Auch vornehmlich kulturelle, soziale oder ideelle Zweckbestimmungen stehen der Annahme eines Betriebes nicht entgegen[75].

Nach dem gesetzlichen Leitbild, § 216 b Abs. 6 Satz 1 SGB III, ist Aufgabe der betriebsorganisatorisch eigenständigen Einheit die Vermittlung der von Personalanpassungsmaßnahmen Betroffenen in neue Arbeitsverhältnisse außerhalb des bisherigen Unternehmens[76]. Vorstufe kann und ist nach § 216 b Abs. 6 Satz 2 SGB III in der Regel die berufliche Qualifizierung der Beschäftigten entsprechend den Anforderungen des Arbeitsmarktes und entsprechend den persönlichen Defiziten. Möglich sind sowohl Umschulungen oder Zusatzausbildungen wie EDV-Kurse, als auch Bewerbungs- und Persönlichkeitstraining in Gruppen oder als Einzeltraining. Dadurch sollen die Chancen der Qualifizierungsnehmer für einen dauerhaften Wechsel in den ersten Arbeitsmarkt gesteigert werden. Wird die Qualifizierung und die Vermittlung fehlender Fähigkeiten als Grundlage für einen erfolgreichen Wechsel in neue Arbeitsverhältnisse betrieben, so ist dies der arbeitstechnische Zweck der betriebsorganisatorisch eigenständigen Einheit[77]. Darüber hinaus braucht sie keinen (weiteren) selbständigen Arbeitszweck zu verfolgen oder mit eigenen arbeitstechnischen Mitteln ausgestattet zu sein[78]. Bietet die betriebsorganisatorisch eigenständige Einheit mangels arbeitsmarktspezifischer Defizite ihrer Beschäftigten keine Qualifizierungsmaßnahmen noch sonstige der individuellen Vermittlung dienenden Weiterbildungsmaßnahmen an, liegt der Schwerpunkt der Einheit und damit ihr arbeitstechnischer Zweck in der Vermittlung der

---

[74] *Richardi*, BetrVG § 1 Rdnr. 23.

[75] So bereits BSG v. 30.5.1978, BSGE 46, 218 (219) zu einem Schulungs- und Erholungsheim einer Gewerkschaft, welches der Durchführung von Bildungsveranstaltungen über gewerkschaftliche und politische Fragen dient.

[76] Vgl. auch die Gesetzesbegründung BT 15/1515, S. 91.

[77] *Rieble/Klumpp*, NZA 2003, S. 1169 (1172); *Bachner/Schindele*, NZA 1999, S. 130 (134); *Stück*, MDR 2005, S. 361 (366).

[78] H.M. Gagel/*Bieback*, SGB III § 216 b Rdnr. 58; *Hauck/Noftz/Schmalz*, SGB III § 175 (a.F.) Rdnr. 7; Niesel/*Roeder*, SGB III § 216 b Rdnr. 11.

Personen in neue Arbeitsverhältnisse. Eine Einheit, die, wie in der Vergangenheit häufig üblich, weder Qualifizierung anbietet noch Vermittlungstätigkeiten nachgeht, weil sie die Betroffenen bis zum Bezug von Arbeitslosengeld oder Rente schlicht „parkt“, mithin überhaupt keinen arbeitstechnischen Zweck verfolgt, widerspricht seit 1.1.2004 dem Normzweck des § 216 b SGB III. Ihre Einrichtung ist möglich, würde jedoch nicht die Förderungsvoraussetzungen für Transfer-Kurzarbeitergeld erfüllen. Eine den arbeitsförderungsrechtlichen Voraussetzungen entsprechende betriebsorganisatorisch eigenständige Einheit verfolgt somit den arbeitstechnischen Zweck der (Qualifizierung und) Vermittlung.

c) Eigene Organisations- und Leitungsstruktur

Die „Eigenständigkeit“ der betriebsorganisatorisch eigenständigen Einheit beurteilt sich danach, ob die Einheit von einer eigenen Leitungsmacht geführt wird. Diese Eigenständigkeit nimmt man bei einem Betrieb insbesondere an, wenn eine Leitung im Personal- und Sozialwesen besteht, die die menschliche Arbeitskraft einsetzt und steuert; es kommt weniger darauf an, wer die Entscheidungen in wirtschaftlichen Angelegenheiten trifft[79]. Die Betriebsleitung muss also die personellen und sozialen Fragen selbst entscheiden können. In der betriebsorganisatorisch eigenständigen Einheit werden Arbeitnehmer aus einem oder mehreren Betrieben zusammengefasst. Sie müssen demnach nicht nur aus dem Produktionsbereich des bisherigen Betriebes ausscheiden, sondern ihn vor allem auch räumlich verlassen. Es entsteht eine neue organisatorische Einheit, wenn eine sachliche und räumliche Trennung von den übrigen Betrieben des Unternehmens, das die Einheit einrichtet, erfolgt[80], sowie eine eigenständige Einheit, die eine vom abgebenden Betrieb unabhängige und auf die eigenen Bedürfnisse zugeschnittene personalpolitische Organisation und Leitung hat. Jeder einzelne Qualifizierungsnehmer der betriebsorganisatorisch eigenständigen Einheit erhält ein speziell auf ihn abgestimmtes Bewerbungstraining. Häufig werden Mitarbeiter einer betriebsorganisatorisch eigenständigen Einheit auch kurzzeitig zu abschließenden Arbeiten im Zuge einer (Teil-)Stilllegung von Betrieben/Betriebsteilen herangezogen.

[79] Vgl. BAG v. 23.9.1982, AP Nr. 3 zu § 4 BetrVG 1972 = DB 1983, S. 1498 (1499).
[80] So auch noch F/K/H/E/S, BetrVG 21. Aufl. 2002, §§ 112, 112 a Rdnr. 145 zu § 175 SGB III a.F..

Dies steht der Annahme eines Betriebes nicht entgegen, sofern, wie bereits erwähnt, eine arbeitsrechtliche (organisatorische) Selbständigkeit besteht. Wird also der arbeitstechnische Zweck der betriebsorganisatorisch eigenständigen Einheit durch eine eigene Leitungsmacht verfolgt, liegt ein Betrieb im arbeits- und damit sozialrechtlichen Sinne vor.

3. Betriebsteil oder sonstige Einheit

Ob die betriebsorganisatorisch eigenständige Einheit auch ein Betriebsteil bzw. eine unselbständige Einheit sein kann, hängt davon ab, ob sie stets die Voraussetzungen eines Betriebs im arbeitsrechtlichen Sinne erfüllen muss. Als Betriebsteil erfährt die Einheit eine räumlich – sachliche Trennung vom bisherigen Betrieb, hat aber keine eigene Leitungsstruktur mit eigenem Personal[81].

Bei Einrichtung einer internen betriebsorganisatorisch eigenständigen Einheit ist ein Betriebsteil oder eine unselbständige Einheit denkbar, wenn eine räumliche und organisatorische Trennung vom Altbetrieb gewährleistet ist. Ein Betriebsteil liegt in der Regel auch vor bei Einrichtung einer externen betriebsorganisatorisch eigenständigen Einheit bei einer Transfergesellschaft. Sind dort mehrere Einheiten eingegliedert, bildet der Betriebsteil mit den Einheiten der anderen Unternehmen insgesamt einen Betrieb. Aufgrund der europarechtlichen Vorgaben ist ein Betriebsteil als betriebsorganisatorisch eigenständige Einheit bei lediglich räumlicher Trennung nicht ausreichend. Schließlich würde durch Personaleinsatz aus dem Altbetrieb ohne organisatorische Trennung gerade eine Vermengung der Betriebsmittel stattfinden und die Förderung auch dem Altbetrieb zugute kommen. Der externen Einheit fehlt ohne Personalverwaltung die erforderliche Eigenständigkeit. Es bedarf also für die Förderung mit Transfer-Kurzarbeitergeld stets der Voraussetzung eines Betriebes.

[81] Im Ergebnis ebenso F/K/H/E/S, BetrVG 21. Aufl. 2002, §§ 112, 112 a Rdnr. 145 zu § 175 SGB III a.F..

4. Gemeinschaftsbetrieb

Möglicherweise können betriebsorganisatorisch eigenständige Einheiten einen sog. Gemeinschaftsbetrieb bilden, wenn die Einheiten gemeinsam als Betrieb zu qualifizieren sind und von zwei oder mehreren rechtlich selbständigen Unternehmen betrieben werden. Nach ständiger Rechtsprechung ist für den Gemeinschaftsbetrieb entsprechend § 1 Abs. 1 Satz 1 BetrVG ein einheitlicher Leitungsapparat Voraussetzung[82], der sich auf die wesentlichen Arbeitgeber-Funktionen in sozialen und personellen Angelegenheiten erstrecken und die für die Erreichung der arbeitstechnischen Zwecke eingesetzten persönlichen, technischen und immateriellen Mittel lenken muss[83]. Eine lediglich unternehmerische Zusammenarbeit genügt nicht[84], vielmehr ist eine rechtliche Vereinbarung über die gemeinsame Führung erforderlich. Diese rechtliche Vereinbarung kann ausdrücklich vertraglich getroffen werden oder stillschweigend aufgrund der tatsächlichen Umstände zustande gekommen sein[85]. Damit ist sowohl bei Einrichtung einer externen als auch internen betriebsorganisatorisch eigenständigen Einheit ein Gemeinschaftsbetrieb möglich. Für die Einrichtung einer internen Einheit als Gemeinschaftsbetrieb müsste zusätzlich zu einer eigenen noch mindestens eine weitere betriebsorganisatorisch eigenständige Einheit eines anderen Unternehmens aufgenommen werden und durch eine eigene Personalführung geleitet werden. Eine Transfergesellschaft kann ebenfalls als Gemeinschaftsbetrieb geführt werden; in der betrieblichen Praxis ist dies jedoch selten. Es liegt gerade im Interesse der personalabgebenden Betriebe, dass die ausgeschiedenen Arbeitnehmer möglichst vollzählig in neue Unternehmen vermittelt werden. Beim gemeinsamen Betrieb wäre dies die Zielsetzung beider Unternehmen, was kontraproduktiv sein kann. Vorgezogen wird daher die Einrichtung der betriebsorganisatorisch eigenständigen Einheiten bei einer bestehenden oder neu gegründeten rechtlich selbständigen Transfergesellschaft.

---

[82] Zuletzt BAG v. 11.2.2004, AP Nr. 22 zu § 1 BetrVG 1972 Gemeinsamer Betrieb = NZA 2004, S. 618 (618 f.).

[83] BAG v. 11.2.2004 a.a.O.; BAG v. 21.2.2001, NZA 2002, S. 56 (56) = EzA § 1 BetrVG 1972 Nr. 11.

[84] BAG v. 31.5.2000, AP Nr. 12 zu § 1 BetrVG 1972 Gemeinsamer Betrieb mit Anm. *v. Hoyningen-Huene* = NZA 2000, S. 1350 (1352); BAG v. 7.8.1986, AP Nr. 5 zu § 1 BetrVG 1972 mit Anm. *Wiedemann* = BB 1987, S. 193 (193); *Fitting*, BetrVG § 1 Rdnr. 82.

[85] BAG v. 14.9.1988, AP Nr. 9 zu § 1 BetrVG 1972 mit Anm. *Reuter* = BB 1989, S. 495 (496).

5. Ergebnis

Der Begriff ‚betriebsorganisatorisch eigenständige Einheit' ist offen gehalten und erlaubt jede organisatorische Gestaltung, die räumlich abgrenzbar ist. Sie kann ein Betrieb, ein Betriebsteil, ein Gemeinschaftsbetrieb oder eine sonstige Einheit sein. Insoweit entspricht der sozialrechtliche dem arbeitsrechtlichen Betriebsbegriff. Die für einen Betrieb erforderlichen Charakteristika – arbeitsorganisatorisch selbständiger Zweck und eigene Leitungsstruktur – sind allerdings Voraussetzung für die Gewährung von Transfer-Kurzarbeitergeld und müssen auch bei der betriebsorganisatorisch eigenständigen Einheit vorliegen. Arbeitstechnischer Zweck ist die Qualifizierung und Vermittlung der Qualifizierungsnehmer.

III. Betriebsverfassungsrechtlicher Status der betriebsorganisatorisch eigenständigen Einheit

Fraglich ist, ob die betriebsorganisatorisch eigenständige Einheit, sofern sie als Betrieb bzw. Betriebsteil im arbeitsrechtlichen Sinne qualifiziert werden kann, auch einen Betrieb i.S.d. § 1 Abs. 1 Satz 1 BetrVG darstellt, also betriebsratsfähig ist. Anknüpfungspunkt ist der Betrieb als betriebsverfassungsrechtliche Organisationseinheit. Für einen betriebsratsfähigen Betrieb verlangt das BetrVG eine Mindestanzahl von wahlberechtigten (§ 7 BetrVG) und wählbaren (§ 8 BetrVG) Arbeitnehmern. Nach § 1 Abs. 1 Satz 1 BetrVG müssen dies mindestens fünf ständige wahlberechtigte Arbeitnehmer sein, von denen mindestens drei der in der Regel im Betrieb Beschäftigten wählbar sind.

1. Der Betrieb gemäß § 1 Abs. 1 Satz 1 BetrVG

Ausgangspunkt für die Frage, ob die betriebsorganisatorisch eigenständige Einheit ein Betrieb i.S.d. § 1 Abs. 1 Satz 1 BetrVG ist, ist der arbeitsrechtliche Betriebsbegriff. Er muss seinem Norm- und Schutzzweck entsprechend angepasst und modifiziert werden.

a) Grundsätzliche Voraussetzungen

Unter dem arbeitsrechtlichen Betriebsbegriff versteht man die organisatorische Einheit, innerhalb derer ein Unternehmer allein oder in Gemeinschaft mit seinen Mitarbeitern mit Hilfe von sachlichen und immateriellen Mitteln bestimmte arbeitstechnische Zwecke verfolgt[86]. Abzugrenzen ist der Betriebsbegriff des § 1 Abs. 1 Satz 1 BetrVG von seiner Verwendung in anderen Rechtsbereichen, und sogar innerhalb des BetrVG; bspw. in § 2 BetrVG ist mit „Betrieb“ eigentlich „Unternehmen“ gemeint[87]. Der Betriebsbegriff in § 23 Abs. 1 KSchG erfüllt eine andere Funktion als der in § 1 BetrVG. In erstgenannter Vorschrift soll er gewährleisten, dass Kleinbetriebe mit engen persönlichen Beziehungen oder geringer Finanzausstattung durch den allgemeinen Kündigungsschutz gegenüber den größeren Betrieben ohne sachlichen Grund nicht benachteiligt sind[88]; zu dieser Abgrenzung wird der Begriff verwendet. Sinn und Zweck des BetrVG ist vor allem, die Möglichkeit einer effektiven Vertretung der Arbeitnehmerinteressen gegenüber dem Arbeitgeber zu schaffen. Daher kommt es dort entscheidend auf die Einheit der Organisation an, also auf das Vorhandensein eines einheitlichen Leitungsapparates, der den Einsatz der menschlichen Arbeitskräfte gezielt steuert und mit dem Betriebsrat die mitbestimmungspflichtigen Angelegenheiten regeln kann[89]. Der Begriff „Betrieb“ ist demnach grundsätzlich so zu bestimmen, dass die Besonderheit des § 1 Abs. 1 Satz 1 BetrVG beachtet ist, eine sachgerechte Wahrnehmung der Beteiligungsrechte für die Arbeitnehmer zu gewährleisten.

b) Die Besonderheit der Einheit

Unter Berücksichtigung der Besonderheit der betriebsorganisatorisch eigenständigen Einheit ist entscheidend, ob für die arbeitstechnische Zwecksetzung der Qualifizierung und Vermittlung eine eigene Betriebsleitung mit Entscheidungsbefugnis

---

86 St. Rspr. des BAG, insbesondere v. 23.9.1982, AP Nr. 3 zu § 4 BetrVG 1972 = BB 1983, S. 1534 (1534) und BAG v. 25.9.1986, AP Nr. 7 zu § 1 BetrVG 1972 = BB 1987, S. 1668 (1668 Ls.); *v. Hoyningen-Huene*, BetrVR § 3 II. 1.; *Fitting*, BetrVG § 1 Rdnr. 63; *Schaub*, ArbR-Hdb. § 18 Rdnr. 1; *Löwisch/Kaiser*, BetrVG § 1 Rdnr. 3.

87 Vgl. *Fitting*, BetrVG § 1 Rdnr. 62.

88 Ausführlich dazu *Powietzka*, S. 84 f.; KR/*Weigand*, § 23 KSchG Rdnr. 26.

89 *V. Hoyningen-Huene*, BetrVR § 3 II. 1.; *Löwisch/Kaiser*, BetrVG § 1 Rdnr. 4; *Fitting*, BetrVG § 1 Rdnr. 64.

für die typischen betrieblichen mitbestimmungspflichtigen Angelegenheiten, insbesondere für personelle und soziale Angelegenheiten besteht. Maßgebend ist die Ausgestaltung ihrer Selbständigkeit und der Personalleitung. Die Beurteilung, wer wesentliche Führungsaufgaben wahrnimmt, ist wertungsabhängig[90]. Diese Aufgaben betreffen bspw. Anordnungen, wer an bestimmten Gruppenveranstaltungen teilnimmt; Entscheidungen, für wen Einzelförderung erforderlich ist; Beurteilungen bei der Auswahl des Qualifizierungspersonals, des Formats und Inhalts der anzubietenden Kurse und Schulungen sowie die Festlegung der mit den Maßnahmen verfolgten Bildungsziele.

Werden weder Qualifizierungsmaßnahmen durchgeführt noch Vermittlungsbemühungen unternommen und fehlt auch eine technische Ausstattung für Bewerbungsvorgänge, befinden sich die Teilnehmer vielmehr ausschließlich innerhalb der betriebsorganisatorisch eigenständigen Einheit, um Aufräum- bzw. Abwicklungstätigkeiten wahrzunehmen oder überhaupt keiner Tätigkeit nachzugehen, fehlt es bereits an einem arbeitstechnischen Zweck. Die Einheit stellt dann lediglich einen unselbständigen Betriebsteil oder eine sonstige Einheit dar, der von vornherein eine Betriebsratsfähigkeit abzusprechen ist.

Wird für die externe betriebsorganisatorisch eigenständige Einheit ein Rechtsträger gegründet oder erfolgt die Kooperation durch Einrichtung der Einheit bei einer bereits bestehenden Transfergesellschaft, übernimmt der „neue“ Arbeitgeber die personelle und organisatorische Leitung; der bisherige Arbeitgeber hat hierauf keinen Einfluss mehr. So bleibt es dem neuen Arbeitgeber vorbehalten zu entscheiden, wer die Qualifizierungsmaßnahmen durchführt, transfergesellschaftsfremde Bildungsunternehmen oder eigenes Schulungspersonal und wie sie inhaltlich ausgestaltet werden. Betriebsratsfähigkeit i.S.d. § 1 Abs. 1 Satz 1 BetrVG besteht folglich bei der externen betriebsorganisatorisch eigenständigen Einheit nur, wenn sie über eine eigene Personalleitung verfügt. Dies ist unproblematisch, wenn die Transfergesellschaft eine einzige betriebsorganisatorisch eigenständige Einheit betreut. Für den Fall, dass in die Transfergesellschaft mehrere betriebsor-

[90] Zu der aus der Führungspflicht resultierenden Aufgabenstellung, die eine Führungskraft von anderen Arbeitnehmern unterscheidet, vgl. *v. Hoyningen-Huene*, FS für *Kissel*, S. 387 (394 ff.).

ganisatorisch eigenständige Einheiten verschiedener Unternehmen eingegliedert sind, ist die Selbständigkeit der Einheit nur gewährleistet, wenn für jede von ihnen ein eigener Leitungsapparat besteht. In der betrieblichen Praxis ist dies unüblich. Aufgrund der Synergieeffekte bei der Nutzung einer einheitlichen Personalleitung für alle in der Transfergesellschaft eingerichteten betriebsorganisatorisch eigenständigen Einheiten, wird in der Regel keine eigene Leitungsmacht für die einzelnen Einheiten geschaffen. Das spart Geldmittel, die für die Weiterbildungsprogramme eingesetzt werden können. Eine eigene Personalleitung für jede Einheit ist auch nicht sinnvoll, da in jeder Einheit gleiche oder zumindest vergleichbare personalpolitische Aufgaben wahrgenommen werden.

Schwieriger ist die eigene Leitungsmacht bei einer internen betriebsorganisatorisch eigenständigen Einheit zu bestimmen. Hier muss die eigene Personalleitung nach außen erkennen lassen, dass Personalentscheidungen in der Einheit nur von der dortigen Leitung getroffen werden und ausschließlich dem dortigen Betriebszweck, nämlich der Qualifizierung und Vermittlung dienen. Indiz für die Annahme einer eigenen Leitungsmacht kann räumliche Distanz der betriebsorganisatorisch eigenständigen Einheit vom übrigen Unternehmen sein in Form eines eigenen Betriebsstandortes. Entscheidender Faktor bleibt indes eigenständige Organisation, gekennzeichnet durch ausschließlich in der betriebsorganisatorisch eigenständigen Einheit tätige Personalverantwortliche.

2. Der (qualifizierte) Betriebsteil gemäß § 4 Abs. 1 Satz 1 BetrVG

Auch als Betriebsteil könnte die betriebsorganisatorisch eigenständige Einheit betriebsratsfähig sein. Der Betriebsteil gilt nach § 4 Abs. 1 Satz 1 BetrVG als selbständiger Betrieb und damit als betriebsratsfähig, wenn er neben den Voraussetzungen nach § 1 Abs. 1 Satz 1 BetrVG räumlich weit vom Hauptbetrieb entfernt oder durch Aufgabenbereich und Organisation eigenständig ist. Letztere Voraussetzungen sind bereits oben dargestellt worden. Der Begriff der räumlich weiten Entfernung bedarf jedoch der Auslegung, er ist ein unbestimmter Rechtsbegriff. Maßgeblich kommt es darauf an, ob eine ordnungsgemäße Betreuung der Beleg-

schaft des Betriebsteils[91] durch den Betriebsrat des Hauptbetriebes gewährleistet ist oder nicht. Grundsätzlich müssen Arbeitnehmer ihre Betriebsratsmitglieder ohne Schwierigkeiten erreichen, umgekehrt muss das Betriebsratsmitglied sich leicht über die Verhältnisse im Betrieb/-steil informieren können und die dortigen Verhältnisse müssen ihnen auch aus unmittelbarer und ständiger eigener Anschauung bekannt sein[92]. Dabei ist nicht formalistisch nur auf die räumliche Entfernung zwischen Hauptbetrieb und Betriebsteil abzustellen, sondern nach Sinn und Zweck[93] der Vorschrift darauf, wie intensiv der Kontakt zum Hauptbetrieb ausgestaltet ist.

Die externe betriebsorganisatorisch eigenständige Einheit, die lediglich Teil der Transfergesellschaft ist, wird aufgrund der rechtlichen Konstruktion eher selten einen selbständigen Betriebsteil bilden. Bei der internen Einheit ist jedoch gerade eine räumliche Trennung vom Hauptbetrieb einschließlich eigenen Aufgabenbereichs und Organisation geboten. Eine dogmatische Einordnung als (qualifizierter) Betriebsteil wird indes daran scheitern, dass die betriebsorganisatorisch eigenständige Einheit keinen Teil-/Hilfszweck für den Hauptbetrieb erfüllt. Verfolgt der Hauptbetrieb produktive oder dienstleistende Ziele, stehen in der Einheit die Qualifizierung und Vermittlung von ehemaligem und nun im Hauptbetrieb nicht mehr benötigten Personals im Mittelpunkt.

3. Die betriebsverfassungsrechtliche Organisationseinheit nach § 3 Abs. 1 Nr. 3 BetrVG

Eine von den gesetzlichen Regelungen abweichende betriebsratsfähige Organisationseinheit können die Tarifvertragsparteien nach § 3 Abs. 1 Nr. 3 BetrVG vereinbaren. Damit werden die Arbeitnehmervertretungsstrukturen flexibler und effektiver gestaltet[94], die Vereinbarungen müssen dennoch insoweit an sachliche Voraussetzungen geknüpft sein, dass sie der wirksamen und zweckmäßigen Interessenvertretung der Arbeitnehmer dient. Möglich ist daher, der betriebsorganisato-

---

91 Vgl. BAG v. 24.2.1976, AP Nr. 2 zu § 4 BetrVG 1972 = DB 1976, S. 1579 (1580); *Fitting*, BetrVG § 4 Rdnr. 19.
92 ErfK/*Eisemann*, § 4 BetrVG Rdnr. 3; DKK/*Trümner*, BetrVG § 4 Rdnr. 34.
93 *V. Hoyningen-Huene*, BetrVR § 3 II. 2.
94 *Fitting*, BetrVG § 3 Rdnr. 7.

risch eigenständigen Einheit nach § 3 Abs. 1 Nr. 3 BetrVG Betriebsratsfähigkeit zuzuerkennen.

4. Ergebnis

Die betriebsorganisatorisch eigenständige Einheit ist regelmäßig ein Betrieb i.S.d. BetrVG, soweit sie eine eigene Leitungsstruktur hat und den arbeitsorganisatorisch eigenständigen Zweck verfolgt, die Qualifizierungsnehmer zu qualifizieren und weiterzubilden[95]. Findet keine Qualifizierung statt, wird mithin kein arbeitstechnischer Zweck verfolgt, da sich die Qualifizierungsnehmer lediglich für Aufräum- und Abwicklungsarbeiten in der betriebsorganisatorisch eigenständigen Einheit befinden, liegt kein Betrieb i.S.d. BetrVG vor.

IV. Tarifbindung der betriebsorganisatorisch eigenständigen Einheit

In der betrieblichen Praxis stellt sich die Frage, ob die betriebsorganisatorisch eigenständige Einheit einer tarifvertraglichen Bindung unterliegt und wie weit eine tarifvertragliche Regelungsbefugnis reichen würde.

1. Tarifbindung der internen Einheit

Die interne betriebsorganisatorisch eigenständige Einheit könnte, da sie weiterhin Teil des bisherigen Unternehmens ist, einer möglichen Tarifgebundenheit unterliegen. Sie beschäftigt Personal, das im Unternehmen nicht mehr benötigt wird, unterliegt aber aufgrund des Prinzips der Tarifeinheit[96] grundsätzlich derselben Tarifbindung wie das Stammunternehmen. In der Regel will der Arbeitgeber verhindern, dass in der Einheit der für den Betrieb geltende Tarifvertrag ebenfalls gilt. Schließlich ist das Qualifizierungsverhältnis ein Vertragsverhältnis besonderer Art; die Qualifizierungsnehmer wirken an der arbeitstechnischen Zielsetzung des (Stamm-)betriebes nicht mehr mit. Dennoch ist der Qualifizierungsnehmer grundsätzlich in die tarifvertragliche Geltung mit eingeschlossen.

---

[95] So auch *Rieble/Klumpp*, NZA 2003, S. 1169 (1169); *Bachner/Schindele*, NZA 1999, 130 (134).

[96] Jüngst BAG 4.12.2002 10 AZR 113/02 AP Nr. 28 zu § 4 TVG Tarifkonkurrenz; BAG 20.03.1991 4 AZR 455/90 AP TVG § 4 Tarifkonkurrenz Nr. 20

2. Tariffähigkeit und Tarifbindung der Transfergesellschaft

Dass auch die Transfergesellschaft tariffähig ist, ergibt sich aus § 2 Abs. 1 TVG. Nach dem Wortlaut der Vorschrift ist der einzelne Arbeitgeber tariffähig, unabhängig von der rechtlichen Organisationsform[97]. Damit kann auch jede Transfergesellschaft Tarifvertragspartei sein und ermöglicht eine Haustariffähigkeit ohne Mitgliedschaft im Arbeitgeberverband[98]. Der mit der Beschäftigung verfolgte arbeitstechnische Zweck spielt für die Arbeitgebereigenschaft und damit die Tariffähigkeit des Arbeitgebers keine Rolle. Daher ist unerheblich, dass die Transfergesellschaft Qualifizierungs- und Vermittlungsarbeit leistet.

3. Kein Verstoß des Qualifizierungsverhältnisses gegen das Günstigkeitsprinzip

Wirkt der im Betrieb geltende Tarifvertrag über den Arbeitsvertrag des von der Personalanpassungsmaßnahme Betroffenen direkt oder durch Bezugnahme, könnte der Qualifizierungsvertrag gegen das Günstigkeitsprinzip[99] verstoßen, da von den normativ wirkenden Tarifnormen zum Nachteil des Arbeitnehmers abgewichen wird.

Dieser Günstigkeitsvergleich findet auf die Qualifizierungsverhältnisse keine Anwendung. Entscheidend ist, dass der zukünftige Qualifizierungsnehmer an sich betriebsbedingt zu kündigen wäre und seinen Arbeitsplatz verliert bzw. dieser bereits weggefallen ist. Eine Beschäftigung unter gleichen Arbeitsbedingungen ist nicht mehr möglich. Insoweit unterliegt das Qualifizierungsverhältnis auch keinem Vergleich mit dem ursprünglichen Arbeitsverhältnis. Die Betriebspartner können uneingeschränkt Regelungen über die Einrichtung betriebsorganisatorisch eigenständiger Einheiten treffen und durch das Qualifizierungsverhältnis von geltenden Tarifnormen abweichen, bspw. den tariflichen Urlaubsanspruch auf den gesetzlichen von 24 Werktagen reduzieren.

---

[97] Vgl. LAG Brandenburg v. 24.2.1994, DB 1994, S. 1245 (1245), rkr..

[98] Däubler/*Peter*, TVG § 2 Rdnr. 78, 84 f.; MünchArbR/*Löwisch/Rieble*, § 255 Rdnr. 35; LAG Brandenburg v. 24.2.1994 a.a.O..

[99] Vgl. *Däubler/Deinert*, TVG § 4 Rdnr. 633; *Löwisch/Rieble*, TVG Rdnr. 291.

4. Regelungsbefugnis durch Öffnungsklauseln im Tarifvertrag

Ob die Tarifvertragsparteien die Möglichkeit der Einrichtung betriebsorganisatorisch eigenständiger Einheiten bereits im Tarifvertrag regeln können, hängt von der Reichweite ihrer Regelungsbefugnis ab. Die normativen Regelungen des Tarifvertrages regeln das Rechtsverhältnis zwischen den Tarifgebundenen unmittelbar und zwingend, § 4 Abs. 1 Satz 1 TVG. Die Tarifvertragsparteien können bspw. Regelungen über gemeinsame Einrichtungen treffen, § 4 Abs. 2 TVG. Ob die betriebsorganisatorisch eigenständige Einheit eine solche Einrichtung ist, kann dahinstehen, da sie kurzfristig im Rahmen einer konkreten Personalanpassungsmaßnahme eingerichtet werden muss. Eine tarifvertragliche Regelung wird dem raschen Handlungsbedarf der Betriebspartner nicht gerecht.

Möglich wäre hingegen eine tarifvertragliche Regelung, die Öffnungsklauseln enthält und so den Betriebspartnern ein geeignetes Werkzeug für betriebsspezifische Regelungsbedürfnisse an die Hand gibt. So können die Tarifvertragsparteien vorgreiflich der konkreten Personalanpassungsmaßnahme eine gemeinsame Einrichtung nach § 4 TVG als Beschäftigungsgesellschaft vorsehen[100].

5. Ergebnis

Die Transfergesellschaft ist tariffähig; ihre Rechtsbeziehungen zu den Mitarbeitern und Qualifizierungsnehmern sind daher tarifvertraglich regelbar. Die interne betriebsorganisatorisch eigenständige Einheit unterliegt dem Tarifvertrag des Stammbetriebes, von dem, ohne gegen das Günstigkeitsprinzip zu verstoßen, individualvertraglich abgewichen werden kann, da das Qualifizierungsverhältnis nicht mehr auf den Bestand des Arbeitsverhältnisses gerichtet ist.

[100] *Löwisch/Rieble*, TVG § 4 Rdnr. 170.

§ 3 Die Beschäftigten der betriebsorganisatorisch eigenständigen Einheit

Zur rechtlichen Einordnung des Qualifizierungsverhältnisses bedarf es zunächst einer genauen Untersuchung der gegenseitigen Haupt- und Nebenleistungspflichten der Vertragsparteien. Anschließend wird die Besonderheit dieses Vertragverhältnisses in Abgrenzung zu bekannten Vertragsverhältnissen verdeutlicht, bevor geklärt werden soll, ob die Qualifizierungsnehmer innerhalb der betriebsorganisatorisch eigenständigen Einheit eine betriebsverfassungsrechtliche Repräsentation erfahren.

I. Inhalt des Qualifizierungsvertrages

Welche gegenseitigen Vertragspflichten Inhalt des Qualifizierungsverhältnisses sind, kann sich aus der Regelung des § 216 b SGB III i.V.m. dem Qualifizierungsvertrag ergeben. Soweit die Pflichten gesetzlich nicht geregelt sind, muss ergänzend der Qualifizierungsvertrag herangezogen werden; die der freien Vertragsgestaltung unterliegenden Regelungsbereiche sind dem jeweils verfolgten Zweck anzupassen.

1. Hauptpflichten des Qualifizierungsnehmers

Entscheidend sind zunächst die Hauptpflichten des Qualifizierungsnehmers. Da Anlass des Wechsels in die betriebsorganisatorisch eigenständige Einheit der Wegfall des Arbeitsplatzes aufgrund einer Betriebsänderung ist, kann der Arbeitgeber den betroffenen Arbeitnehmer auf diesem Arbeitsplatz nicht mehr beschäftigen. § 216 b Abs.1 SGB III ermöglicht die Einführung von Kurzarbeit „Null“, mit der die gegenseitigen Pflichten aus dem Arbeitsvertrag suspendiert werden.

a) Aufhebung der Arbeitspflicht

Für die Dauer des Qualifizierungsverhältnisses kann die bisherige Arbeitspflicht nicht fortbestehen. Mit Einführung von Kurzarbeit „Null“ werden Arbeitspflicht und Anspruch auf Arbeitsentgelt suspendiert. Hiermit würde das Arbeitsverhältnis an-

sonsten unverändert fortbestehen. Der Qualifizierungsvertrag bedarf daher einer Ergänzung hinsichtlich der sonstigen Pflichten.

b) Qualifizierungspflicht

Eine Hauptpflicht aus dem Qualifizierungsvertrag ist die Qualifizierung und eigene Weiterbildung. Wurden beim jeweiligen Betroffenen vor der Überleitung in die betriebsorganisatorisch eigenständige Einheit im Rahmen der sog. Feststellungsmaßnahmen Vermittlungsdefizite erkannt, hat er diese pflichtgemäß zu beseitigen, vgl. § 216 b Abs. 6 Satz 1, 2 SGB III. Wurden keine Defizite festgestellt, kann, muss er aber keine Qualifizierung/Weiterbildung wahrnehmen.

aa) Qualifizierung innerhalb der Einheit

Soll der in die betriebsorganisatorisch eigenständige Einheit gewechselte Qualifizierungsnehmer während seiner Verweildauer entsprechend der getroffenen Feststellungen qualifiziert und weitergebildet werden, erfolgt dies zunächst innerhalb der Einheit oder in beauftragten Bildungsunternehmen. Ist der Arbeitgeber daran interessiert, dass der Teilnehmer die auf ihn zugeschnittenen Bildungsangebote wahrnimmt, bspw. einen *Windows Excel*-Kurs oder einen Kurs in Wirtschaftsenglisch, weil er sich davon eine tatsächlich größere Chance für dessen Vermittelbarkeit verspricht, muss er dies im Vertrag regeln und die Qualifizierungspflicht als wesentliche Vertragspflicht ausgestalten. Entsprechend § 613 Satz 1 BGB ist der Teilnehmer persönlich zur Leistung verpflichtet, da er Ziel seiner eigenen Tätigkeit ist. Wie er seine Fähigkeiten erfolgsorientiert einsetzt, bestimmt er selbst, jedoch innerhalb des vom Arbeitgeber vorgegebenen Rahmens an ausgewählten Qualifizierungsmaßnahmen und sonstigen Bildungsangeboten.

bb) Qualifizierung durch Beschäftigung bei einem anderen Arbeitgeber

Als Qualifizierungsmaßnahme i.S.d. § 216 b Abs. 6 Satz 3 SGB III gilt auch eine nicht länger als 6 Monate dauernde Beschäftigung bei einem anderen Arbeitgeber. Mit dem sog. Schnupperarbeitsverhältnis erfährt der Qualifizierungsnehmer eine Art betriebliche Weiterbildung außerhalb der betriebsorganisatorisch eigen-

ständigen Einheit, die ebenfalls eine Qualifizierungsmaßnahme ist, während der dortige Arbeitgeber den Qualifizierungsnehmer entsprechend seiner eigenen betrieblichen Bedürfnisse einsetzt. Die vorübergehende Beschäftigung bei einem anderen Arbeitgeber ist also ein echtes Arbeitsverhältnis, während dessen das Qualifizierungsverhältnis in der betriebsorganisatorisch eigenständigen Einheit ruht[101] und der Qualifizierungsnehmer als Arbeitnehmer beschäftigt wird.

c) Bewerbungspflicht

Als weitere Hauptpflicht des Qualifizierungsnehmers kommt die Bewerbungspflicht in Betracht. Der Wechsel in ein neues Arbeitsverhältnis gelingt fast nur durch Bewerben. Dies ohne den Sturz in die Arbeitslosigkeit zu erreichen, ist (auch) ein Zweck, den der Arbeitgeber mit Einrichtung der betriebsorganisatorisch eigenständigen Einheit verfolgt. Neben der Qualifizierungs- und Weiterbildungspflicht muss der Qualifizierungsnehmer also das wesentliche Ziel verfolgen, einen neuen Arbeitsplatz zu finden, der grundsätzlich nicht außerhalb des bisherigen Betriebs und des Unternehmens liegen muss. Diese Tätigkeit ist keine Arbeitsleistung i.S.d. § 611 Abs. 2 BGB. Sie ist jedoch eine Dienstleistung, die mittelbar auch dem Arbeitgebers zugute kommt und dem Arbeitsverhältnis sehr ähnlich ist. Auf die Bewerbungspflicht ist § 611 Abs. 2 BGB analog anzuwenden. Sofern eine Förderung durch Transfer-Kurzarbeitergeld gewährt wird, vgl. § 216 b Abs. 7 SGB III, muss der neue Arbeitsplatz außerhalb des bisherigen Unternehmens liegen, andernfalls entfällt die Förderung ex tunc, es sein denn, zum Zeitpunkt des Eintritts des Arbeitnehmers in die betriebsorganisatorisch eigenständige Einheit war der neue Arbeitsplatz im bisherigen Betrieb/Unternehmen noch nicht absehbar oder er ist erst nach der Umstrukturierung entstanden. Ergaben die Feststellungsmaßnahmen, dass der Betroffene keiner Qualifizierung oder sonstiger Bildungsangebote bedarf, ist die Bewerbungspflicht einzige Hauptpflicht.

2. Hauptpflichten des Arbeitgebers

Es stellt sich die Frage, welche Hauptpflichten des Arbeitgebers im Qualifizie-

[101] Zum Ruhenstatbestand während eines Arbeitsverhältnisses bei einem anderen Arbeitgeber § 5 IV..

rungsverhältnis bestehen. Sie müssen in einem Synallagma mit den Hauptpflichten des Qualifizierungsnehmers stehen und wesentlicher Vertragsinhalt sein.

a) Keine Arbeitsentgeltzahlungspflicht

Durch die Einführung von Kurzarbeit „Null“ leisten die Qualifizierungsnehmer keine Arbeit mehr, § 216 b Abs. 1 SGB III, so dass sich die Frage stellt, ob auch die Arbeitsentgeltzahlungspflicht, wesentliche Hauptpflicht des Arbeitgebers im Arbeitsverhältnis, aufgehoben ist. Mit dem Wechsel des Arbeitnehmers in die betriebsorganisatorisch eigenständige Einheit werden die im Gegenseitigkeitsverhältnis stehenden Hauptpflichten beider Vertragsparteien suspendiert. Die Pflicht zur Arbeitsleistung entfällt, im Synallagma hierzu steht die Arbeitsentgeltzahlungspflicht des Arbeitgebers, vgl. § 611 Abs. 1 BGB. Folglich wird auch diese Vertragspflicht aufgehoben.

Etwas anderes gilt nur, wenn der Qualifizierungsnehmer noch abschließende Arbeitsleistungen oder Abwicklungsarbeiten für den Arbeitgeber erbringt, für die er Arbeitsentgelt erhält.

b) Auszahlungspflicht des Transfer-Kurzarbeitergeldes

Das Transfer-Kurzarbeitergeld ist ebenso wie das konjunkturelle Kurzarbeitergeld eine Leistung, auf die der Arbeitnehmer Anspruch hat, nicht der Arbeitgeber. Es ist eine Lohnersatzleistung. Dennoch muss der Arbeitgeber diesen Anspruch für den Qualifizierungsnehmer bei der Arbeitsverwaltung beantragen und die Leistung an ihn auskehren, s. § 216 b Abs. 5 SGB III i.V.m. § 173 Abs. 1 Satz 2 und Satz 4 SGB III i.V.m § 320 Abs. 1 SGB III.

aa) Transfer-Kurzarbeitergeld für Beschäftigung

Sollte der Arbeitgeber bei Einrichtung der betriebsorganisatorisch eigenständigen Einheit beabsichtigen, die Qualifizierung durch Transfer-Kurzarbeitgeld mitzufinanzieren, hängt die Gewährung davon ab, dass die Qualifizierungsnehmer auch tatsächlich ihrer Beschäftigung (Qualifizierung und Bewerbung) nachgehen. Der

Arbeitgeber muss die Auszahlung vornehmen, vgl. § 320 Abs. 1 Satz 2 SGB III, da Kurzarbeitergeld als Leistung der Arbeitslosenversicherung sozialversicherungspflichtig hinsichtlich Kranken-, Pflege und Rentenversicherung bleibt[102] und der Arbeitgeber für die Abführung der Beiträge zu sorgen hat. Die Arbeitsverwaltung soll mit dem Verwaltungsaufwand der Auszahlung nicht belastet werden, dies ist Aufgabe des Arbeitgebers, dem die erforderlichen Personaldaten ohnehin zur Verfügung stehen.

Die Sozialversicherungsbeiträge muss der Arbeitgeber bei Kurzarbeit „Null“ vollständig übernehmen, da der Qualifizierungsnehmer keine Arbeitsleistung mehr erbringt. Sie sind beschränkt auf 80 v.H. des Unterschiedbetrages zwischen dem Soll- und dem Istentgelt nach § 179 SGB III, d.h. sie berechnen sich aus 60 v.H. bzw. 67 v.H. des pauschalierten Nettoentgelts, § 129 SGB III.

bb) Transfer-Kurzarbeitergeld im Krankheitsfall, § 3 EFZG analog

Für Zeiten, in denen der Qualifizierungsnehmer wegen krankheitsbedingter Arbeitsunfähigkeit keiner Beschäftigung in der betriebsorganisatorisch eigenständigen Einheit nachgehen kann, entfällt möglicherweise sein Anspruch auf Transfer-Kurzarbeitergeld. Denn die Arbeitsverwaltung gewährleistet das Transfer-Kurzarbeitergeld nur für Bewerbung und Qualifizierung, also für diejenige Tätigkeit, die aufgrund Arbeitsausfall ausgeübt wird[103]. Unstreitig kann der Qualifizierungsnehmer nicht ohne jegliches Einkommen bleiben. § 216 b SGB III enthält hierzu jedoch keine Regelung. Ohne Arbeitsausfall müsste bei krankheitsbedingter Arbeitsunfähigkeit der Arbeitgeber für das Entgelt der Arbeitnehmer aufkommen, ohne eine Arbeitsleistung dafür zu erhalten und das Entgeltfortzahlungsgesetz findet Anwendung. Es stellt sich die Frage, ob das EFZG auch auf das Qualifizierungsverhältnis anwendbar ist. Eine direkte Anwendung wird im Hinblick auf den eindeutigen Wortlaut in § 1 EFZG nur für das Arbeitsverhältnis anzunehmen

[102] Nach §§ 5 Abs. 1 Nr. 1, 192 Abs. 1 Nr. 4 SGB V bleiben Arbeiter und Angestellte (Arbeitnehmer) während des Bezugs von Kurzarbeitergeld pflichtversichert in der gesetzlichen Krankenversicherung und gemäß § 20 Abs. 1 Nr. 1 2. HS SGB XI pflichtig in der Pflegeversicherung. Gleiches gilt nach § 24 Abs. 3 SGB III für die Arbeitslosen- und nach § 1 Satz 1 Nr. 1 SGB VI für die gesetzliche Rentenversicherung.

[103] Vgl. hierzu die umfassenden praktischen Hinweise *Wagner/Wahba*, S. 177 ff..

sein. Möglich ist jedoch aufgrund der vergleichbaren Interessenlage zwischen Arbeit- und Qualifizierungsnehmer eine entsprechende Anwendung des EFZG[104]. Das folgt auch aus § 216 b Abs. 10 SGB III, wonach die Vorschriften über die konjunkturelle Kurzarbeit (§§ 169 ff. SGB III) entsprechend zur Anwendung kommen, wenn in § 216 b SGB III nichts Abweichendes geregelt ist.

Der Entgeltfortzahlungsanspruch setzt stets einen privatrechtlichen Vertrag voraus[105]. Das Qualifizierungsverhältnis, dem ein Änderungsvertrag oder dreiseitiger Vertrag zugrunde liegt, ist somit ein anspruchsbegründender privatrechtlicher Vertrag entsprechend § 3 Abs. 1 EFZG. Die Sicherung des Einkommens im Krankheitsfall kann dem Arbeitgeber grundsätzlich nur dann aufgegeben werden, wenn er auch für den Lebensunterhalt des Arbeitnehmers aufzukommen hat. Ist die Arbeitspflicht auch aus einem anderen Grund als Arbeitsunfähigkeit infolge Krankheit aufgehoben, besteht kein Entgeltfortzahlungsanspruch[106]. Wird also Kurzarbeit „Null“ gearbeitet, würde der Anspruch aus § 3 Abs. 1 EFZG grundsätzlich verdrängt. (Transfer-) Kurzarbeitergeld kann nach § 216 b Abs. 4 Satz 2 i.V.m. § 172 Abs. 1 a SGB III trotz Arbeitsunfähigkeit nur beansprucht werden, solange der Qualifizierungsnehmer – ohne Vorliegen von Kurzarbeit – auch Anspruch auf Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall hätte. Während des Qualifizierungsverhältnisses in der betriebsorganisatorisch eigenständigen Einheit haben die Betroffenen in jedem Falle Anspruch auf „Entgelt“fortzahlung. Da die Arbeitsverwaltung mangels Tätigsein des arbeitsunfähigen Qualifizierungsnehmers kein Transfer-Kurzarbeitergeld leistet, hat der Arbeitgeber Entgelt in Höhe des Transfer-Kurzarbeitergeldes fortzuzahlen[107], § 3 Abs. 1 EFZG analog. Aus diesem Entgelt sind auch Beiträge zur gesamten Sozialversicherung, also auch zur Arbeitslosenversicherung abzuführen.

---

[104] *Pivit*, NZS 2003, S. 472 (472).
[105] *Schmitt*, EFZG § 2 Rdnr. 41.
[106] Zuletzt BAG v. 22.8.2001, AP Nr. 11 zu § 3 EntgeltFG = NZA 2002, S. 610 (611); ebenso BAG v. 6.10.1956, AP Nr. 6 zu § 2 LFZG mit Anm. *Brecht* = DB 1977, S. 262 (263 f.) zum Zusammentreffen von (konjunktureller) Kurzarbeit und Arbeitsunfähigkeit; MünchArbR/*Boecken*, § 83 Rdnr. 58; ErfK/*Dörner*, § 3 EFZG Rdnr. 28; *Schmitt*, EFZG § 3 Rdnr. 78 und 98.
[107] Ausführlich *Wagner/Wahba*, S. 177 ff..

cc) Kein Transfer-Kurzarbeitergeld an gesetzlichen Feiertagen, § 2 EFZG analog

Nichts anderes kann für Zeiten gelten, zu denen der Qualifizierungsnehmer wegen eines gesetzlichen Feiertages nicht beschäftigt werden kann, auch wenn er an diesen Tagen arbeitsunfähig ist, vgl. §§ 4 Abs. 2, 2 Abs. 2 EFZG. Entscheidend ist, dass der Qualifizierungsnehmer tatsächlich keiner Beschäftigung in der betriebsorganisatorisch eigenständigen Einheit nachgeht, so dass die Arbeitsverwaltung kein Transfer-Kurzarbeitergeld schuldet. Der Arbeitgeber hat also für gesetzliche Feiertage Entgelt in Höhe des an den anderen Tagen von der Arbeitsverwaltung gewährten Transfer-Kurzarbeitergeldes zu leisten[108]. Ist der Qualifizierungsnehmer an gesetzlichen Feiertagen arbeitsfähig, gilt § 2 Abs. 2 EFZG analog als Rechtsgrundlage, ist er an diesem Tag arbeitsunfähig, gilt § 4 Abs. 2 i.V.m. § 2 Abs. 2 EFZG analog. Auch aus dieser Leistung sind Beiträge zu allen Sozialversicherungszweigen abzuführen.

dd) Wartezeit, § 3 Abs. 3 EFZG analog

Als Folgeproblem stellt sich die Frage, ob mit Aufnahme der versicherungspflichtigen Beschäftigung (§ 5 Abs. 1 Nr. 1 SGB V) in der betriebsorganisatorisch eigenständigen Einheit – unter dem Vorbehalt der materiellen Voraussetzungen –, eine neue „Wartezeit“ nach § 3 Abs. 3 EGFZ analog erforderlich wird oder diese durch das zuvor länger als 4 Wochen ununterbrochen bestehende Arbeitsverhältnis erfüllt ist. Zweifellos wird mit einem Wechsel in die unternehmensexterne Transfergesellschaft eine Unterbrechung des Arbeitsverhältnisses herbeigeführt, die zu einem Neubeginn der Wartezeit führt. Schließlich werden durch den dreiseitigen Vertrag nicht nur alle wesentlichen Inhalte des bisherigen Arbeitsverhältnisses aufgehoben und durch die besonderen Regelungen des Qualifizierungsverhältnisses ersetzt, sondern es findet auch ein Wechsel einer der Vertragsparteien statt, des Arbeitgebers. Die Transfergesellschaft als neuer Arbeitgeber bewirkt die Beendigung des bisherigen Arbeitsverhältnisses durch Aufhebungsvereinbarung mit anschließendem Beginn des Qualifizierungsverhältnisses. Letzteres stellt eine Unterbrechung des bisherigen Arbeitsverhältnisses dar und erfordert eine eigene

[108] *Wagner/Wahba*, S. 177 ff..

Wartezeiterfüllung i.S.d. § 3 Abs. 3 EFZG analog.

Nicht eindeutig zu beantworten ist die Frage der Wartezeiterfüllung bei einem Wechsel in die interne betriebsorganisatorisch eigenständige Einheit. Mit dem Wechsel findet eine Vertragsergänzung statt, die den Übergang vom Arbeits- in das Qualifizierungsverhältnis regelt. Auch darin könnte eine Unterbrechung des bisherigen Arbeitsverhältnisses gesehen werden, obwohl das Qualifizierungsverhältnis bei demselben Arbeitgeber fortgesetzt wird. Eine Anrechnung der Dauer des früheren Arbeitsverhältnisses auf das Qualifizierungsverhältnis kann in Anlehnung an die Rechtsprechung des *BAG*[109] zu § 1 Abs. 1 KSchG nur erfolgen, wenn das neue Arbeitsverhältnis (hier: das neue Vertragsverhältnis in Gestalt des Qualifizierungsverhältnisses) in einem engen rechtlichen und sachlichen Zusammenhang mit dem früheren Arbeitsverhältnis steht[110]. Ein solcher enger sachlicher Zusammenhang ist bspw. anzunehmen, wenn der Arbeitnehmer gleichbleibende Arbeitsaufgaben wahrnimmt oder zu gleichen Arbeitsbedingungen tätig ist, wobei auch die Dauer der Unterbrechung zwischen den Arbeitsverhältnissen von Bedeutung sein kann. Stets ist eine einzelfallbezogene Würdigung erforderlich, so dass bei einem „nahtlosen“ Übergang vom Arbeits- zum Qualifizierungsverhältnis die fehlende zeitliche Unterbrechung im Vergleich zur rechtlichen und sachlichen Unterbrechung vernachlässigt werden kann. Inhaltliche und rechtliche Ähnlichkeit mit dem zuvor ausgeübten Arbeitsverhältnis besitzt das Qualifizierungsverhältnis wegen der geänderten Arbeitsbedingungen und Hauptleistungspflichten (Qualifizierung und Bewerbung) bei gleichzeitiger Aufhebung der (bisherigen) Arbeitspflicht nicht mehr. Das rechtliche und sachliche Unterbrechungsmerkmal liegt somit bei einem Wechsel in die interne betriebsorganisatorisch eigenständige Einheit vor.

Voraussetzung für einen Anspruch auf Entgeltfortzahlung in der betriebsorganisatorisch eigenständigen Einheit ist ein 4-wöchiges, ununterbrochenes Qualifizierungsverhältnis, § 3 Abs. 3 EFZG analog.

[109] Z.B. BAG v. 12.9.1996, AP Nr. 182 zu § 620 BGB Befristeter Arbeitsvertrag = NZA 1997, S. 313 (314); BAG v. 10.5.1989, AP Nr. 7 zu § 1 KSchG 1969 Wartezeit = NZA 1990, S. 221 (221 f.).
[110] BAG v. 22.8.2001, AP Nr. 11 zu § 3 EntgeltFG = NZA 2002, S. 610 (612).

c) Urlaubsentgelt, § 1 BUrlG analog

Der Qualifizierungsnehmer könnte entsprechend § 1 BUrlG Anspruch auf bezahlten Erholungsurlaub haben, d.h. während der Freistellung wäre der Arbeitgeber zur Zahlung von Urlaubsentgelt verpflichtet. So wie das Urlaubsentgelt im Arbeitsverhältnis an die Stelle des gemäß § 611 BGB geschuldeten Arbeitsentgelts tritt, ist auch im Qualifizierungsverhältnis Urlaubsentgelt zu leisten. Seine Höhe bestimmt sich entsprechend der Berechnungsvorschrift des § 11 Abs. 1 BUrlG[111]. Eine entsprechende Anwendung auf den Qualifizierungsnehmer ist dadurch gerechtfertigt, dass er während des Qualifizierungsverhältnisses in der betriebsorganisatorisch eigenständigen Einheit einer – wenn auch andersgearteten – Beschäftigung nachgeht. Er wird vom gesetzgeberischen Motiv erfasst, wonach durch den Erholungsurlaub die Möglichkeit eröffnen werden soll, die Freizeit selbstbestimmt zur Erholung zu nutzen[112] und dadurch zur Erhaltung und Wiederauffrischung der Arbeitskraft[113] oder Leistungskraft beizutragen. Da unerheblich ist, ob der Arbeitnehmer zuvor tatsächlich Arbeitsleistung erbracht und ein konkretes Erholungsbedürfnis hat, vielmehr der Urlaubsanspruch als gesetzlich bedingte soziale Mindestleistung des Arbeitgebers angesehen wird, ist ohne Bedeutung, dass die Tätigkeit des Qualifizierungsnehmer in erster Linie ihm selbst nützt. Eine rasche Vermittlung kommt schließlich auch dem Arbeitgeber zugute. Daher bedarf auch der Qualifizierungsnehmer für seine Tätigkeit der Qualifizierung und Bewerbung, eines bezahlten Erholungsurlaubes.

Soweit das Urlaubsrecht auf das Qualifizierungsverhältnis Anwendung findet, gilt auch das Lohnausfallprinzip[114], d.h. Urlaubsentgelt erhält der Qualifizierungsnehmer für die Zeit, die durch den Urlaub ausfällt. Entscheidend ist, dass der Qualifizierungsnehmer wegen des Erholungsurlaubs keine Qualifizierungsleistung erbringen kann. Die Arbeitsverwaltung gewährt Transfer-Kurzarbeitergeld nur bei

[111] BAG v. 22.1.2002, AP Nr. 55 zu § 11 BUrlG = NZA 2002, S. 1042 (1044); *Leinemann/Linck*, § 11 BUrlG Rdnr. 1; *Neumann/Fenski*, BUrlG § 11 Rdnr. 2.

[112] BAG v. 20.6.2000, AP Nr. 28 zu § 7 BUrlG mit Anm. *Hohmeister* = BB 2000, S. 2313 (2314); *Leinemann/Linck*, § 1 BUrlG Rdnr. 3.

[113] Vgl. BAG v. 8.3.1984, AP Nr. 14 zu § 3 BUrlG Rechtsmissbrauch mit Anm. *Glaubitz* = BB 1984, S. 1618 (1619); Gesetzesbegründungen zum BUrlG BT-Drs. IV/207, S. 3 und BT-Drs. IV/785, S. 1; *Leinemann/Linck*, § 1 BUrlG Rdnr. 3.

[114] Vgl. BAG v. 3.12.2002, AP Nr. 57 zu § 11 BUrlG = NZA 2003, S. 1219 (1220); *Leinemann/Linck*, § 11 BUrlG Rdnr. 3; ErfK/*Dörner*, § 11 BUrlG Rdnr. 4; *Neumann/Fenski*, BUrlG § 11 Rdnr. 8.

tatsächlicher Qualifizierungs- und Bewerbungstätigkeit, so dass der Arbeitgeber für das „Urlaubsentgelt“ der Qualifizierungsnehmer einzustehen hat. Er hat „Urlaubsentgelt“ entsprechend dem Referenzprinzip[115] zu gewähren, also den durchschnittlichen Verdienst der letzten dreizehn Wochen. Der Qualifizierungsnehmer erhält damit vom Arbeitgeber „Urlaubsentgelt“ in Höhe des gewährten Transfer-Kurzarbeitergeldes. Er hat hieraus Beiträge zur Renten-, Kranken-, Pflege- und Arbeitslosenversicherung abzuführen.

d) Zahlungspflicht etwaiger Aufstockungsbeträge

Haben die Vertragsparteien vereinbart, dass der Arbeitgeber zusätzlich zum Transfer-Kurzarbeitergeld einen Zuschuss in Form einer Aufstockungszahlung gewährt, ist auch diese Leistung – obwohl freiwilliger Art – eine Hauptleistungspflicht. Der Zuschuss ist Vergütung für die Qualifizierungs- und Bewerbungstätigkeit der Qualifizierungsnehmer. Damit erfolgt wegen § 232 a SGB V eine Erhöhung des Sozialversicherungsbeitrages erst, wenn 80 v.H. das pauschalierte Nettoentgelt nach § 179 SGB III überschritten sind, vgl. § 2 Abs. 2 Nr. 4 ArEV. Als beitragspflichtige Einnahmen zählt dann auch der darüber hinaus gehende Zuschussbetrag.

Wird seitens des Arbeitgebers ein freiwilliger Zuschuss gewährt, hat der Arbeitgeber diesbzgl. Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall, an Feier- und Urlaubstagen zu leisten; § 3 EGFZ gilt direkt.

e) Beschäftigungspflicht

Möglicherweise lässt sich die Beschäftigungspflicht in der betriebsorganisatorisch eigenständigen Einheit in seiner besonderen Ausgestaltung als Hauptpflicht begründen. Der Arbeitgeber ist nicht verpflichtet, die angebotenen Dienste auch anzunehmen, d.h. den Arbeitnehmer vertragsgemäß zu beschäftigen. Ein aus § 216 b SGB III i.V.m. § 242 BGB abzuleitender Anspruch des Qualifizierungs-

[115] *Leinemann/Linck*, § 11 BUrlG Rdnr. 4; ErfK/*Dörner*, § 11 BUrlG Rdnr. 4, 7 ff.; *Neumann/Fenski*, BUrlG § 11 Rdnr. 6 ff..

nehmers auf vertragsgemäße Beschäftigung könnte in Anlehnung an das Arbeitsverhältnis bestehen. Dieser wird dort teilweise als rechtsfortbildende Konkretisierung der Hauptpflichten des Arbeitgebers eingeordnet[116], teilweise als Nebenpflicht, die eng mit den Hauptpflichten zusammenhängt[117]. Im Qualifizierungsverhältnis hängt die „Qualifizierungs- und Bewerbungstätigkeit“ der Qualifizierungsnehmer untrennbar mit der Beschäftigung beim Arbeitgeber zusammen. Die Beschäftigungspflicht des Arbeitgebers besteht daher als Hauptpflicht und beinhaltet Zurverfügungstellung von Schulungspersonal, Organisation von Weiterbildungsmaßnahmen und die technische Ausstattung mit Medien zur Stellensuche sowie die Bereitstellung von Fachpersonal für Bewerbungsberatungen.

3. Nebenpflichten der Vertragsparteien

Aus dem Qualifizierungsverhältnis können für die Vertragsparteien auch Nebenpflichten erwachsen.

a) Nebenpflichten des Qualifizierungsnehmers

Die Nebenpflichten des Qualifizierungsnehmers finden ihre Rechtsgrundlage im Qualifizierungsvertrag i.V.m. §§ 241 Abs. 2, 242 BGB. Die wichtigste Nebenpflicht ist – ähnlich wie im Arbeitsverhältnis – die Pflicht zur Rücksichtnahme. Darunter fällt insbesondere die zeitnahe Unterrichtung des Arbeitgebers über die Eingehung eines Arbeitsverhältnisses bei einem neuen Arbeitgeber außerhalb der betriebsorganisatorisch eigenständigen Einheit, aber bspw. auch die Einhaltung von Schutzauflagen und die Information des Arbeitgebers bei Arbeitsunfähigkeit.

b) Nebenpflichten des Arbeitgebers

Nebenpflichten des Arbeitgebers könnten sich aus Gesetz, Kollektivverträgen, einzelvertraglicher Vereinbarung oder aus dem allgemeinen Grundsatz von Treu und Glauben (§ 242 BGB) ergeben.

---

[116] ErfK/*Preis*, § 611 BGB Rdnr. 703.
[117] MünchArbR/*Blomeyer*, § 95 Rdnr. 12.

aa) Gesetzliche Nebenpflichten

Zahlreiche gesetzliche Vorschriften erzeugen für den Arbeitgeber im Arbeitsverhältnis Nebenpflichten, vgl. § 618 BGB; für den Arbeitgeber im Qualifizierungsverhältnis gelten diese entsprechend. Darunter fallen Vorschriften des gesamten Arbeitsschutzes, bspw. ArbSchG, ASiG, BDSG, MuSchG, JArbSchG, SGB IX.

bb) Besondere Nebenpflichten aus dem Qualifizierungsvertrag

Neben den allgemeinen aus dem Vertragsverhältnis abzuleitenden Nebenpflichten wie die Fürsorgepflicht und den Schutzpflichten des Arbeitgebers hinsichtlich Leben, Gesundheit und Persönlichkeit des Qualifizierungsnehmers, können zusätzlich besondere Nebenpflichten für den Arbeitgeber bestehen. Nach § 216 b Abs. 6 Satz 1 SGB III sind den geförderten Arbeitnehmern (Qualifizierungsnehmern) durch den Arbeitgeber Vermittlungsvorschläge zu unterbreiten. Ob die Unterbreitung von Vermittlungsangeboten eine Hauptleistungspflicht und damit wesentliche Vertragsleistung ist, die dem Qualifizierungsnehmer ein Leistungsverweigerungsrecht nach § 320 BGB erlaubt, ist durch Auslegung nach dem Willen der Parteien bei Vertragsschluss oder den Umständen zu ermitteln[118]. Entscheidend ist, ob es der einen oder anderen Partei auf die Leistung in hohem Maße ankommt.

Nach dem Wortlaut der gesetzlichen Regelung *„hat der Arbeitgeber ... Vermittlungsvorschläge zu unterbreiten“*. Grundsätzlich denkbar ist daher, dass diese Pflicht eine weitere Hauptpflicht sein soll. Wäre die Vermittlungshilfe des Arbeitgebers Hauptleistungspflicht, hätte der Qualifizierungsnehmer hierauf einen Erfüllungsanspruch[119]. Entscheidend ist grundsätzlich, was die Vertragsparteien vereinbart haben, für die gesetzliche Vorschrift kommt es auf den Normzweck an. Sinn und Zweck des Qualifizierungsverhältnisses ist es, die passive Kurzarbeit zu verhindern, indem der aktivierende Ansatz des Transfer-Kurzarbeitergeldes gestärkt wird. Die Qualifizierungsnehmer sollen rasch in neue Arbeitsverhältnisse außerhalb der internen Einheit oder Transfergesellschaft vermittelt werden, wozu

[118] Zur grundsätzlichen Frage der wesentlichen Vertragsleistung schon RG v. 5.3.1921, RGZ 101, S. 429 (431); BGH v. 25.6.1953, NJW 1953, S. 1347 (1347).
[119] MünchKommBGB/*Kramer*, § 241 Rdnr. 18 f.; MünchKommBGB/*Emmerich*, § 320 Rdnr. 31.

sie sich entsprechend den Anforderungen des Arbeitsmarktes qualifizieren. Bei dieser Pflicht des Qualifizierungsnehmers, eine neue Arbeitsstelle zu finden, soll der Arbeitgeber unterstützend eingreifen, indem er sich bemüht, Arbeitsplatzangebote bei Unternehmen derselben oder fremder Branchen zu akquirieren, die der Arbeitsverwaltung nicht gemeldet werden und diese dem Qualifizierungsnehmer zeitnah als Vorschläge zu unterbreiten. Nach dem Wortlaut des § 216 b Abs. 6 Satz 1 *„soll“* der Arbeitgeber den Geförderten Vermittlungsvorschläge unterbreiten und ihm ist gestattet, die Vermittlungsleistung von einem beauftragten Dritten erbringen zu lassen[120]. Das fehlende Erfordernis der höchstpersönlichen Leistungserbringung ist noch kein Indiz für eine fehlende Hauptleistungspflicht, sie könnte eine gesetzliche Ausnahmeregelung von § 613 Satz 2 BGB darstellen. Dennoch ist die Vermittlungsleistung kein wesentlicher Bestandteil des Qualifizierungsvertrages. Vielmehr ist sie vorbereitend oder unterstützend geeignet, dass der Qualifizierungsnehmer seiner Leistungspflicht gegenüber dem Arbeitgeber, der Bewerbungspflicht, nachkommen kann. Die Person des Schuldners der Vermittlungsleistung ist für ihn dabei unerheblich. Der Arbeitgeber soll es nicht dabei bewendet lassen können, dass er eine betriebsorganisatorisch eigenständige Einheit gegründet hat und dort Qualifizierungsnehmer beschäftigt, wie es in der betrieblichen Praxis bis 1.1.2004 häufig der Fall war. Die Vermittlungsleistung des Arbeitgebers steht demnach in keinem Gegenseitigkeitsverhältnis zu einer Pflicht des Qualifizierungsnehmers, ist mithin keine Hauptleistungspflicht i.S.d. § 320 BGB.

Die Unterbreitung von Vermittlungsangeboten ist darüber hinaus auch keine Nebenleistungspflicht, da ein Erfüllungsanspruch des Qualifizierungsnehmers ebenso wenig in Betracht kommt wie ein Zurückbehaltungsrecht nach § 273 Abs. 1 BGB. § 216 b SGB III ist ein arbeitsförderungsrechtlicher Tatbestand, der das Vertragsverhältnis der Parteien und ihre Pflichten zueinander nur insoweit regelt, als es Voraussetzung für den Leistungsanspruch sind. Die Vorschrift des § 216 b Abs. 6 Satz 1 SGB III ist nur eine Ausführungsbestimmung zu § 216 b Abs. 3 Satz 2 SGB III[121], also Teil der betrieblichen Voraussetzungen für die Gewährung von

[120] Vgl. auch die Gesetzesbegründung BT-Drs. 15/1515, S. 92 f..
[121] So auch die Arbeitsverwaltung in den Interpretationshilfen der Bundesagentur für Arbeit zu Transferleistungen, § 216 b Ziff. 3.6.

Transfer-Kurzarbeitergeld in betriebsorganisatorisch eigenständigen Einheiten. Die Vermittlungsleistung des Arbeitgebers ist damit nicht Ausprägung des Qualifizierungsvertrages, sondern Bestandteil der Fördervoraussetzungen.

4. Ergebnis

Die Vertragspflichten der Parteien des Qualifizierungsvertrags ergeben sich nur teilweise unmittelbar aus § 216 b SGB III, ergänzend aus dem Qualifizierungsvertrag. Danach werden insbesondere Arbeitspflicht und Arbeitsentgeltzahlungspflicht aufgehoben und durch Qualifizierungs-/Bewerbungspflichten ersetzt sowie Zahlungs- und Beschäftigungspflichten. Hinzu kommen für das Qualifizierungsverhältnis spezifische Nebenpflichten.

II. Rechtsnatur des Qualifizierungsverhältnisses

Welche Rechtsqualität dem Vertragsverhältnis zwischen Qualifizierungsnehmern und dem Träger der betriebsorganisatorisch eigenständigen Einheit als Arbeitgeber zukommt, ist nach der Zweckbestimmung des Qualifizierungsvertrages und den Vertragspflichten zu bestimmen.

1. Kein Arbeitsverhältnis, § 611 BGB

Fraglich ist, ob die Mitarbeiter in der betriebsorganisatorisch eigenständigen Einheit Arbeitnehmer sind und das Qualifizierungsverhältnis als Arbeitsverhältnis gemäß § 611 BGB einzuordnen ist. § 216 b SGB III und die vertraglichen Vereinbarungen sehen die Qualifizierung, Weiterbildung und Vermittlung der Betroffenen in ein neues Arbeitsverhältnis vor.

Nach der Rechtsprechung des *BAG*[122] und der Definition *A. Huecks* ist Arbeitnehmer, wer aufgrund privatrechtlichen Vertrags im Dienste eines anderen zur Leistung weisungsgebundener, fremdbestimmter Arbeit in persönlicher Abhängig-

[122] BAG v. 12.12.2001, AP Nr. 111 zu § 611 BGB Abhängigkeit = BB 2002, S. 1702 (1702); BAG v. 16.2.2000, AP Nr. 70 zu § 2 ArbGG 1979 = BB 2000, S. 829 (830).

keit verpflichtet[123] ist. Die persönliche Abhängigkeit wird insbesondere durch die Eingliederung in die betriebliche Organisation des Arbeitgebers begründet[124]. Muss der Mitarbeiter seine Leistung persönlich erbringen, unterliegt er dem Weisungsrecht seines Arbeitgebers, ist seine Arbeit fremdnützig und ist er in einen fremden Produktionsbereich eingegliedert[125], liegt persönliche Abhängigkeit vor. Zur Abgrenzung des Arbeitnehmers vom (nicht abhängig beschäftigten) Selbständigen können die von der Rechtsprechung zu § 84 Abs. 1 Satz 2 HGB entwickelten Wertungsmerkmale herangezogen werden[126]. Maßgeblich ist die persönliche Freiheit.

a) Qualifizierungsverhältnis

Inhaltlich handelt es sich bei dem Rechtsverhältnis in der betriebsorganisatorisch eigenständigen Einheit um ein Qualifizierungsverhältnis. Zweck des Vertrages ist ein Tätigwerden des Qualifizierungsnehmers zu seinen Gunsten, mit dem Fernziel, die betriebsorganisatorisch eigenständige Einheit des Arbeitgebers möglichst rasch zu verlassen. Die Teilnehmer sind keine Mitarbeiter des Produktionsbetriebes mehr, sondern gehören ausschließlich der betriebsorganisatorisch eigenständigen Einheit an. Häufig wird ihnen zwar freigestellt, wann und wie oft sie in der betriebsorganisatorisch eigenständigen Einheit erscheinen, um im Internet oder in Zeitungen nach Stellenangeboten zu suchen oder ihre Bewerbungsmappen zu erstellen, zu den Einrichtungen der Einheit haben sie jedoch in der Regel nur innerhalb eines Zeitkorridors Zugang. Verpflichtend sind meist auch bestimmte Gruppenveranstaltungen und in regelmäßigen Abständen stattfindende persönliche Kontrollgespräche über den Stand der Bewerbungen/Qualifizierungen. Insgesamt können die Qualifizierungsnehmer ihre „Tätigkeit“ nicht völlig frei bestimmen, sind also abhängig Beschäftigte.

---

[123] Grundlegend: *Hueck/Nipperdey*, § 7 1..

[124] St. Rspr. des BAG vgl. v. 13.1.1983, AP Nr. 42 zu § 611 BGB Abhängigkeit mit Anm. *Herschel* = BB 1983, S. 1855 (1856); BAG v. 9.5.1984, AP Nr. 45 zu § 611 BGB Abhängigkeit = DB 1984, S. 2203 (2203); BAG v. 30.9.1998, AP Nr. 103 zu § 611 BGB Abhängigkeit = BB 1999, S. 587 (587); BAG v. 25.3.1992, AP Nr. 48 zu § 5 BetrVG 1972 mit Anm. *Otto* = NZA 1992, S. 899 (899).

[125] *V. Hoyningen-Huene*, BetrVR § 3 III. 2.; *Fitting*, BetrVG § 5 Rdnr. 25.

[126] Vgl. MünchKommHGB/*v. Hoyningen-Huene*, § 84 Rdnr. 26 ff., 48; Baumbach/*Hopt*, HGB § 84 Rdnr. 35 ff.; *Fitting*, BetrVG § 5 Rdnr. 16.

Die Einordnung des Rechtsverhältnisses als Arbeitsverhältnis wird allerdings an der fehlenden „Arbeit“ scheitern. Grundsätzlich ist ein Arbeitnehmer zur Leistung von Arbeit verpflichtet, vgl. § 611 Abs. 2 BGB. Darunter fällt jede Betätigung oder jedes Verhalten, das zur Befriedigung eines Bedürfnisses dient und im Wirtschaftsleben als Arbeit qualifiziert wird[127]. Das Bedürfnis muss ein fremdes sein, die Betätigung darf sich nicht im Selbstzweck erschöpfen[128]. Das Qualifizierungsverhältnis bezweckt die rasche Vermittlung in den ersten Arbeitsmarkt, um Arbeitslosigkeit zu verhindern. Die Tätigkeit, sich selbst entsprechend der festgestellten Defizite zu qualifizieren, weiterzubilden und zu bewerben, dient ausschließlich dem eigenen Interesse der Teilnehmer, ist mithin nicht fremdnützig. Die Qualifizierungsnehmer sind sachlich nicht in den Betriebsablauf und die Arbeitsorganisation der betriebsorganisatorisch eigenständigen Einheit eingegliedert. Verfolgt die Einheit den Betriebszweck der Qualifizierung, Weiterbildung und Vermittlung der Qualifizierungsnehmer, tragen diese durch ihre Teilnahme nicht dazu bei, den Betriebszweck zu erreichen, sondern sind selbst Betriebszweck[129]. Sie sind daher nicht zu einer dem Betriebszweck dienenden Arbeitsleistung verpflichtet. Die Pflicht zur Arbeitsleistung ist jedoch Voraussetzung für ein Arbeitsverhältnis, vgl. § 611 Abs. 1 BGB.

b) Abgrenzung zum Arbeitsverhältnis der Mitarbeiter der Einheit

Am deutlichsten wird die Zweckbestimmung des Qualifizierungsvertrages im direkten Vergleich mit dem Vertragsverhältnis der Mitarbeiter der Einheit, ihrer „Personalabteilung“. Diese Mitarbeiter verwalten die betriebsorganisatorisch eigenständigen Einheit, führen die Qualifizierungsmaßnahmen und Schulungen durch und stehen hinter der gesamten Organisation. Sie sind im Regelfall vom Personalabbau im Ursprungsbetrieb nicht betroffen und stehen weiterhin in einem Arbeitsverhältnis. Da der Mitarbeiter nicht selbst Tätigkeit und Arbeitszeit bestimmen kann, an feste Urlaubszeiten gebunden ist und Sozialabgaben abgeführt werden, ist er auch persönlich abhängig Beschäftigter, wobei immer eine Beurteilung der Gesamtsituation unter Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalls erforderlich

[127] *Schaub*, ArbR-Hdb. § 8 Rdnr. 10.
[128] *Schaub*, ArbR-Hdb. § 8 Rdnr. 11.
[129] *Rieble/Klumpp*, NZA 2003, S. 1169 (1173); *Stück*, MDR 2005, S. 361 (366).

ist. Durch ihre Tätigkeit fördern sie die Erreichung des arbeitstechnischen Zwecks der Einheit, des Qualifizierungszwecks, sind also in die Arbeitsorganisation eingegliedert. Diese Mitarbeiter sind Arbeitnehmer.

2. Modifiziertes ursprüngliches Arbeitsverhältnis, § 611 BGB?

Die besondere Zweckrichtung des Beschäftigungsverhältnisses in der betriebsorganisatorisch eigenständigen Einheit könnte ausschließen, dass das ursprüngliche Arbeitsverhältnis lediglich einer Modifikation unterliegt. Denn auch ein modifiziertes Arbeitsverhältnis ist inhaltlich auf eine Arbeitsleistung des Arbeitnehmers gerichtet. Gegenstand des Beschäftigungsverhältnisses ist weder die aus § 611 BGB resultierende ursprüngliche Arbeitsleistung, noch wird eine neue Arbeitsleistung vereinbart. Die Teilnahme an Qualifizierungsmaßnahmen ist ein Tätigwerden zum eigenen Nutzen; nur das Ausscheiden aus der betriebsorganisatorisch eigenständigen Einheit dient den Interessen des Arbeitgebers.

3. Berufsausbildungsverhältnis, § 10 BBiG?

Überlegenswert ist, ob das Rechtsverhältnis der Qualifizierungsnehmer mit einem Ausbildungsverhältnis nach § 10 BBiG vergleichbar ist. Die Hauptpflicht von Auszubildenden besteht gemäß § 13 BBiG darin, Fertigkeiten und Kenntnisse zu erlangen, die zur Erreichung des Ausbildungszieles erforderlich sind, insbesondere die im Rahmen seiner Berufsausbildung aufgetragenen Verrichtungen sorgfältig auszuführen. Damit ist nach Auffassung des *BAG*[130] hinreichend dargestellt, dass vom Auszubildenden nicht die Leistung von Arbeit gefordert wird. Die Ausbildung ist vielmehr auf den Erwerb solcher Fähigkeiten gerichtet, die ihrerseits den arbeitstechnischen Zweck des Betriebs zu fördern in der Lage sind. Selbst wenn man mit *Schaub*[131] annimmt, dass der Auszubildende zur Leistung von Arbeit verpflichtet ist, so dürfen dem Auszubildenden nur Aufgaben übertragen werden, die dem Ausbildungszweck dienen. Daraus folgt nicht zwangsläufig, dass diese Tätig-

[130] BAG v. 26.11.1987, AP Nr. 36 zu § 5 BetrVG 1972 = NZA 1988, S. 505 (506). Die Entscheidung behandelte primär das Problem, ob auch Auszubildende in reinen Ausbildungsbetrieben als Arbeitnehmer i.S.d. § 5 Abs. 1 BetrVG anzusehen sind. Dazu auch BAG v. 12.6.1986, AP Nr. 33 zu § 5 BetrVG 1972 = NZA 1987, S. 136 (136 Ls.).

[131] *Schaub*, ArbR-Hdb. § 174 Rdnr. 72.

keiten tatsächlich dazu beitragen, den arbeitstechnischen Betriebszweck zu erreichen. Sie sollen dem Auszubildenden aber erst die Möglichkeit eröffnen, nach Abschluss der Ausbildung fremdnützig tätig zu sein; für diese Tätigkeit werden dem Auszubildenden berufspraktische Kenntnisse vermittelt, die wiederum den arbeitstechnischen Zweck des Betriebs zu fördern geeignet sind. Die Selbstqualifizierung und Vermittlung fördert nicht den Betriebszweck der betriebsorganisatorisch eigenständigen Einheit. Die Qualifizierungsnehmer sind demnach keine Auszubildende i.S.d. BBiG.

4. Arbeitsverhältnis eigener Art, §§ 611, 311 Abs. 1 BGB

Möglicherweise ist das Qualifizierungsverhältnis ein Arbeitsverhältnis eigener Art. Der Qualifizierungsvertrag begründet ein Schuldverhältnis, maßgebliche Grundsätze enthält § 216 b SGB III, auch wenn diese Regelungen primär die Einhaltung der Förderungsvoraussetzungen betreffen. Aufgrund des besonderen Status des Qualifizierungsvertrages im Grenzbereich zwischen Arbeits- und Sozialrecht können allgemeine Grundsätze des Arbeitsverhältnisses nicht vorausgesetzt werden. Aus diesem Grund kann zur Auslegung und bei Leistungsstörungen auch nicht die Rechtsprechung herangezogen werden, die ausschließlich arbeitsvertragliche Gestaltungen zum Gegenstand hatte. Vielmehr müssen die Besonderheiten des Qualifizierungsverhältnisses berücksichtigt werden; der Qualifizierungsvertrag bedarf einer eigenen detaillierten Regelung. Das Beschäftigungsverhältnis ist ein Dienstverhältnis, ein Arbeitsverhältnis eigener Art, §§ 611, 311 Abs. 1 BGB sein. Es lässt sich als Qualifizierungsverhältnis bezeichnen.

a) Eigenart der Leistungspflicht

Teil des arbeitsrechtlichen Inhalts des Qualifizierungsvertrages ist die zur Hauptpflicht ausgestaltete Qualifizierungs- und Bewerbungspflicht des Qualifizierungsnehmers. Die Tätigkeit ist also ein aliud zur zuvor vertraglich geschuldeten Arbeitsleistung. Im Mittelpunkt steht keine fremdnützige Arbeitsleistung, die der Betroffene dem Plan des Arbeitgebers überlassen muss; sie dient nicht dessen Interesse. Das Tätigwerden in Form der Qualifizierung und Weiterbildung liegt ausschließlich im Interesse des Qualifizierungsnehmers. Die eigene Vermittlung in ein

neues Arbeitsverhältnis außerhalb der betriebsorganisatorisch eigenständigen Einheit ist Leistung und Inhalt des Beschäftigungsverhältnisses. Die Gegenleistung des Arbeitgebers ist – und das begründet die Eigenart des Arbeitsverhältnisses – nicht die Leistung von Arbeitsentgelt, sondern die Zurverfügungstellung von Qualifizierungs- und Beratungsangeboten, von Sachgegenständen zur Stellensuche und die Rekrutierung neuer Arbeitsstellen.

Die Vergütungsleistung des Arbeitgebers wird von dritter Seite, der Arbeitsverwaltung, durch die Gewährung von Transfer-Kurzarbeitergeld erbracht. Lediglich die Auszahlung der Vergütung erfolgt durch den Arbeitgeber und steht im Gegenseitigkeitsverhältnis zur Qualifizierungs- und Bewerbungspflicht des Einzelnen. Den Arbeitgeber trifft auch die Abgabenpflicht bzgl. der Sozialversicherungsbeiträge. Etwaige Zuschusszahlungen des bisherigen Arbeitgebers sind freiwillige Leistungen. Die für ein Arbeitsverhältnis typische Vergütungspflicht des Arbeitgebers ist folglich dahingehend modifiziert, dass die Vergütungsleistung nicht von ihm aufgebracht, jedoch ausgeführt und die verschiedenartigen Zahlungen koordiniert werden müssen. Somit ist das Qualifizierungsverhältnis zwischen Arbeitgeber und Qualifizierungsnehmern ein Arbeitsverhältnis eigener Art, vergleichbar dem Wiedereingliederungsverhältnis nach § 74 SGB V[132] oder den Tätigkeiten in Werkstätten für behinderte Menschen, vgl. § 136 SGB IX bzw. in Einrichtungen der beruflichen Rehabilitation, vgl. §§ 35, 33 SGB IX.

b) Vertragsparteien

Es stellt sich die Frage, wer Vertragspartei des Qualifizierungsvertrages sein kann. Schließlich könnten von der Arbeitsverwaltung finanzierte Qualifizierungsmaßnahmen jedem Arbeitssuchenden mit Vermittlungsdefiziten zugute kommen. Nach dem Normzweck des § 216 b SGB III sollen an sich betriebsbedingt zu entlassende Arbeitnehmer vor der Arbeitslosigkeit bewahrt werden. Demnach muss vor Überleitung in die betriebsorganisatorisch eigenständige Einheit ein Arbeits-

[132] *V. Hoyningen-Huene*, NZA 1992, S. 49 (52) zum Regelungsgehalt des vergleichbaren Wiedereingliederungsverhältnisses nach § 74 SGB V; dazu ebenfalls BAG v. 29.1.1992, AP Nr. 1 zu § 74 SGB IV = NZA 1992, S. 643 (643 f.) und *Compensis*, NZA 1992, S. 631 (633); ausführlich *Gitter*, ZfA 1995, S. 123 (123 ff.).

verhältnis bestanden haben. Qualifizierungsnehmer kann demnach nur sein, wer vor Einrichtung der Einheit beim Arbeitgeber des personalabgebenden Betriebes als Arbeitnehmer beschäftigt war. Nur aus einem bestehenden – wenn auch eventuell bereits gekündigten – Arbeitsverhältnis kann der vom Personalabbau betroffene Arbeitnehmer Partei des Qualifizierungsvertrages werden, nicht jedoch, wenn er bereits aus dem Betrieb ausgeschieden (und arbeitslos oder in neuer Beschäftigung) ist. Wer Arbeitgeber des Qualifizierungsnehmers ist, richtet sich danach, ob die betriebsorganisatorisch eigenständige Einheit intern (dann gleicher Arbeitgeber) oder extern bei einer Transfergesellschaft (dann Arbeitgeberwechsel) eingerichtet wird.

c) Geschäftsgrundlage

Die Geschäftsgrundlage des Qualifizierungsvertrages richtet sich nach dem mit der Beschäftigung in der betriebsorganisatorisch eigenständigen Einheit verfolgten arbeitsförderungsrechtlichen Zweck. Dieser wird die Vertragsfreiheit der Parteien möglicherweise nicht unerheblich einschränken. Das Qualifizierungsverhältnis hängt in der Regel davon ab, ob die Arbeitsverwaltung dem betreffenden Arbeitnehmer Transfer-Kurzarbeitergeld gewährt; es ist an die Förderung gemäß § 216 b SGB III gekoppelt. Bei Nichtgewährung oder nachträglicher Versagung der Förderung entfällt die Geschäftsgrundlage des Qualifizierungsvertrages, § 313 Abs. 1 BGB. Die Eigenart des Qualifizierungsverhältnisses macht eine Vertragsanpassung unmöglich. Die betriebsorganisatorisch eigenständige Einheit wird zwar ausschließlich vom bisherigen Arbeitgeber finanziert. Zusätzlich indes die Finanzierung der „Löhne“ der Qualifizierungsnehmer zu übernehmen, ist für diesen nicht nur finanziell nicht darstellbar, sondern widerspricht auch Sinn und Zweck der Einheit, den Arbeitgeber von weiteren Lohnzahlungen zu entlasten. Der Wegfall der Geschäftsgrundlage und die fehlende Möglichkeit der Vertragsanpassung führen nach § 313 Abs. 3 Satz 2 BGB zu einem gesetzlichen (ordentlichen) Kündigungsrecht. Der Wegfall der Drittfinanzierung des Qualifizierungsverhältnisses kann auch ein wichtiger Grund sein, der eine außerordentliche Kündigung ohne ausdrückliche Vereinbarung zulässt. Um den besonderen Bedürfnissen der Vertragsparteien ausreichend Rechnung zu tragen, insbesondere handlungsfähig zu sein, sollte zudem ein ordentliches Kündigungsrecht bei Leistungsstörungen für

die betriebsorganisatorisch eigenständige Einheit vereinbart werden.

d) Befristung, § 14 TzBfG analog

Von praktischer Bedeutung ist die Frage, ob das Qualifizierungsverhältnis befristet werden kann bzw. muss. Es soll ausschließlich für die Dauer der Existenz der betriebsorganisatorisch eigenständigen Einheit bestehen, mithin längstens für 12 Monate.

aa) Generelles Erfordernis der Befristung

Die Bezugsfrist für Transfer-Kurzarbeitergeld bezieht sich auf die Existenzdauer der betriebsorganisatorisch eigenständigen Einheit, sie ist keine individuelle Bezugsfrist der Qualifizierungsnehmer[133]. Erfolgt der auf einer einheitlichen Entscheidung beruhende Personalabbau auf sog. Personalabbauwellen, kann sich die individuelle Verweildauer der einzelnen Qualifizierungsnehmer in der Einheit voneinander unterscheiden, insbesondere weniger als 12 Monate betragen. Soweit *Bieback*[134] davon ausgeht, dass der Anspruch auf Transfer-Kurzarbeitergeld ein individueller Anspruch sei, ist ihm beizutreten; seine Folgerung, hieraus ergäben sich neue Bezugsfristen für später in die Einheit eintretende Arbeitnehmer, ist jedoch abzulehnen. Der individuelle Anspruch auf Transfer-Kurzarbeitergeld nach § 216 b SGB III ist vom Arbeitgeber geltend zu machen, da seine Gewährung an betriebliche und finanzielle Voraussetzungen geknüpft ist, die der Einzelne nicht beeinflussen kann. Die räumliche und organisatorische Gründung, ein Angebot von Qualifizierungs- und Vermittlungsmaßnahmen entsprechend der durchgeführten Feststellungsmaßnahmen sowie die individuelle Betreuung der Betroffenen bedarf der Mitwirkungshandlungen sowohl der personalabgebenden Betriebe als auch der künftigen Arbeitgeber. Folglich kann der Einzelne nicht die Fortführung einer betriebsorganisatorisch eigenständigen Einheit verlangen, wenn er später als andere Arbeitnehmer in die Einheit eingetreten ist. Die individuelle Bezugsfrist ist mithin an die Existenz der Einheit zu koppeln.

---

[133] Vgl. zu § 175 SGB III a.F., der durch § 216 b SGB III keine Änderung erfahren hat, DA 7.4 Abs. 10, 7.5 Abs. 5 und 9.2 der Bundesagentur für Arbeit.

[134] Gagel/*Bieback*, SGB III § 216 b Rdnr. 57.

bb) Anwendbarkeit des TzBfG

Ob für den Fall der Befristung des Qualifizierungsverhältnisses § 620 BGB oder das TzBfG (direkt bzw. analog) Anwendung findet, richtet sich danach, von welchem Normzweck das Qualifizierungsverhältnis erfasst wird. Nach § 620 Abs. 1 BGB ist die Befristung des reinen Dienstverhältnisses für eine beliebige Dauer und ohne Sachgrund möglich. Dies entspricht dem Charakter des Dienstverhältnisses, in dem sich beide Vertragspartner gleichrangig gegenüberstehen und es ihnen möglich sein soll, sich innerhalb kürzester Zeit vom Vertrag zu lösen. Demgegenüber stellt das Qualifizierungsverhältnis in der betriebsorganisatorisch eigenständigen Einheit eine abhängige Beschäftigung dar; der Qualifizierungsnehmer ist teilweise fremdbestimmt und auf die Beschäftigung dringend angewiesen. Er soll nach Sinn und Zweck des Qualifizierungsverhältnisses dieses erst aufgeben, wenn seine zukünftige Beschäftigung gesichert ist. Sein Status ist eher mit dem eines Arbeitnehmers zu vergleichen als mit dem eines reinen Dienstverpflichteten; er bedarf daher bei der Befristung eines dem Arbeitnehmer vergleichbaren Schutzes. Da das TzBfG unmittelbar nur für das Arbeitsverhältnis gilt, der Schutz des TzBfG aufgrund der vergleichbaren Interessenlage jedoch geboten, ist das TzBfG entsprechend anzuwenden.

cc) Vertrag mit Transfergesellschaft, § 14 Abs. 2 TzBfG analog

Wird die betriebsorganisatorisch eigenständige Einheit als Transfergesellschaft geführt oder in Kooperation mit einer solchen, ist diese neuer Arbeitgeber. Eine zweijährige Befristung des Vertragsverhältnisses ist danach unproblematisch, vgl. § 14 Abs. 2 Satz 2, Satz 1 TzBfG analog, folglich auch die an die Existenzdauer der Einheit gekoppelte Befristung von längstens 12 Monaten. Für eine kalendermäßige Befristung ist die Angabe des Enddatums oder die Dauer des Vertrages[135] ausreichend.

[135] *Dörner*, Rdnr. 74; KR/*Lipke*, § 15 TzBfG Rdnr. 5; *Bauer*, Aufhebungsverträge I. 4. Rdnr. 33.

dd) Vertrag mit bisherigem Arbeitgeber, § 14 Abs. 1 Satz 2 Nr. 6 TzBfG analog

Wird eine interne betriebsorganisatorisch eigenständige Einheit eingerichtet, bleibt der bisherige Arbeitgeber erhalten. Die Befristung des Qualifizierungsvertrages ist nach § 14 Abs. 2 Satz 2 TzBfG analog nur zulässig, wenn sie durch einen sachlichen Grund gerechtfertigt ist. Zwar bedarf es grundsätzlich keiner Einigung der Parteien darüber, welcher Befristungsgrund maßgebend sein soll, es sei denn, durch Gesetz, Tarifvertrag oder Arbeitsvertrag ist verbindlich festgelegt, dass der Befristungsgrund bzw. die Befristungsgrundform aus Gründen der Rechtssicherheit und Rechtsklarheit anzugeben ist[136]. Er ist allerdings objektive Wirksamkeitsvoraussetzung für die Befristung[137].

Möglicher Sachgrund für die Befristung eines Qualifizierungsvertrages ist § 14 Abs. 1 Satz 2 Nr. 6 TzBfG analog, der eine Befristung bei in der Person des „Arbeitnehmers“ liegenden Gründen rechtfertigt. Zwar ist die Beschäftigung in einer betriebsorganisatorisch eigenständigen Einheit kein ausdrücklich in § 14 Abs. 1 Satz 2 Nr. 6 TzBfG geregelter Fall. Eine europarechtskonforme Auslegung der Vorschrift ermöglicht den aufgelisteten Befristungsgründen auch die Zuordnung der von der Rechtsprechung anerkannten, im Gesetz nicht ausdrücklich genannten sachlichen Befristungsgründe. Nach der Gesetzesbegründung[138] sind Arbeitsbeschaffungs- und Strukturanpassungsmaßnahmen nach dem SGB III beispielhafte, von der Rechtsprechung bereits anerkannte Gründe. Diese Aufzählung ist nicht abschließend. Allen bisher anerkannten Fällen ist gemeinsam, dass die Verhältnisse oder Umstände in der Person des Arbeitnehmers Anlass geben, eine

[136] BAG v. 28.3.2001 – 7 AZR 701/99 – AP Nr. 227 zu § 620 BGB Befristeter Arbeitsvertrag = NZA 2002, S. 666 (667); BAG v. 29.10.1998, AP Nr. 17 zu Nr. 2 SR 2y BAT = NZA 1999, S. 478 (479); BAG v. 20.2.1991, AP Nr. 137 zu § 620 BGB Befristeter Arbeitsvertrag = NZA 1992, S. 31 (32).

[137] St. Rspr., vgl. zuletzt BAG v. 23.6.2004, BB 2004, S. 2643 (2644); Annuß/Thüsing/*Maschmann*, TzBfG § 14 Rdnr. 8; s. zur Befristung eines Arbeitsvertrages nach dem bis 31.12.2000 geltenden § 1 Abs. 1 BeschFG 1996 BAG v. 25.10.2000, AP Nr. 7 zu § 1 BeschFG 1996 = BB 2001, S. 1100 (1101); BAG v. 26.7.2000, AP Nr. 5 zu § 1 BeschFG 1996 = BB 2000, S. 2418 (2418) und BAG v. 28.6.2000, AP Nr. 2 zu § 1 BeschFG 1996 = NZA 2000, S. 1110 (1111), wonach sich der Parteiwille, eine Befristung nach dieser Vorschrift zu vereinbaren, auch aus den Umständen ergeben kann, wenn die Befristung einer Rechtfertigung (durch einen Sachgrund) bedurfte und andere gesetzliche Befristungstatbestände oder Sachgründe nicht, sondern lediglich das BeschFG in Betracht kamen.

[138] BT-Drs. 14/4374, S. 18; *Dörner*, Rdnr. 181; vgl. zur Befristung bei Arbeitsbeschaffungsmaßnahmen BAG v. 19.1.2005, www.bundesarbeitsgericht.de.

befristete Beschäftigung zuzulassen oder zu fördern[139]; so ist auch das Qualifizierungsverhältnis von diesem Befristungsgrund erfasst. Als personenbezogene Befristungsgründe sind schon in der Vergangenheit Übergangsregelungen gewertet worden, bei denen der Arbeitgeber dem Arbeitnehmer mit Rücksicht auf dessen persönliche Verhältnisse aus sozialen Erwägungen eine vorübergehende Beschäftigung ermöglichte. Ein solcher sozialer Überbrückungszweck ist als Sachgrund für eine Beschäftigung anerkannt[140]. Erst recht müssen – auch ohne bisher ergangene höchstrichterliche Entscheidung – Beschäftigungsverhältnisse in internen betriebsorganisatorisch eigenständigen Einheiten eine Befristung nach § 14 Abs. 1 Satz 2 Nr. 6 TzBfG analog rechtfertigen. Es wird nicht verkannt, dass Beschäftigungsverhältnisse in den Einheiten nicht ausschließlich aus Rücksicht auf die Arbeitnehmer gebildet werden. Auch die personalabgebenden Betriebe verfolgen eigene Interessen. Ausreichend ist indes, wenn es ohne den sozialen Überbrückungszweck überhaupt nicht zur Begründung eines Arbeitsverhältnisses (eigner Art), auch keines befristeten, gekommen wäre[141]. Das Ziel des Arbeitgebers, eine interne Einheit einzurichten und Qualifizierungsverhältnisse einzugehen, lassen auf Beweggründe schließen, bei denen die betrieblichen Interessen des Arbeitgebers nicht ausschlaggebend waren, sondern vorrangig der Qualifizierungsnehmer vor sofortiger Arbeitslosigkeit bewahrt werden soll.

e) Form

Für den Abschluss des Qualifizierungsvertrages besteht grundsätzlich Formfreiheit. Er könnte danach mündlich, schriftlich, ausdrücklich oder konkludent wirksam vereinbart werden. Allerdings wird zum Schutz der Betroffenen eine analoge Anwendung des Nachweisgesetzes auch für den Qualifizierungsvertrag erforderlich sein, das den Arbeitgeber verpflichtet, die wesentlichen Vertragbedingungen schriftlich niederzulegen. Ohnehin wird der Vertrag in der Regel gleichzeitig mit

---

139 *V. Steinau-Steinrück/Oelkers*, NJW-Spezial Heft 1/2005, S. 33; ErfK/*Müller-Glöge*, § 14 TzBfG Rdnr. 88; Erman/*D.W.Belling*, BGB § 620 Rdnr. 43; krit. MünchArbR/*Wank*, Erg.-Bd. § 116 Rdnr. 174.

140 BAG v. 5.6.2002, AP Nr. 13 zu § 1 BeschFG 1996 = AR-Blattei ES 380 Nr. 104; BAG v. 7.7.1999, AP Nr. 211 zu § 620 BGB Befristeter Arbeitsvertrag = BB 2000, S. 566 (566); BAG v. 24.1.1996, AP Nr. 179 zu § 620 BGB Befristeter Arbeitsvertrag = BB 1996, S. 2042 (2044); BAG v. 12.12.1985, AP Nr. 96 zu § 620 BGB Befristeter Arbeitsvertrag = BB 1986, S. 1502 (1503); insb. BAG v. 3.10.1984, AP Nr. 88 zu § 620 BGB Befristeter Arbeitsvertrag = BB 1985, S. 2045 (2045).

141 BAG v. 5.6.2002, AP Nr. 13 zu § 1 BeschFG 1996 = AR-Blattei ES 380 Nr. 104; KR/*Lipke*, § 14 TzBfG Rdnr. 191; Annuß/Thüsing/*Maschmann*, TzBfG § 14 Rdnr. 53.

einer schriftlichen Aufhebungsvereinbarung über die Beendigung des bisherigen Arbeitsverhältnisses abgeschlossen, diese kann gemäß § 623 BGB nur schriftlich wirksam erfolgen. Bei Arbeitnehmern, die den Vertrag erst nach einer Kündigung abschließen, sollte der Arbeitgeber aufgrund der umfangreichen vertraglichen Regelungen aus Gründen der Rechtssicherheit und Rechtsklarheit in jedem Fall darauf achten, dass die Schriftform eingehalten wird.

Die Befristung hat demgegenüber schriftlich zu erfolgen, vgl. § 14 Abs. 4 TzBfG. Unter dieses gesetzliche Schriftformerfordernis fällt nicht der zugrunde liegende sachliche Grund; nur auf die Befristungsabrede selbst erstreckt sich die mit § 14 Abs. 4 TzBfG bezweckte Klarstellungs-, Beweis- und Warnfunktion[142].

f) Qualifizierungszeit und Qualifizierungsort

Die Parteien können vereinbaren, wann und wo der Qualifizierungsnehmer seinen Pflichten nachzukommen hat, insbesondere für welche Veranstaltungen Anwesenheitspflicht bestehen soll. Ist dies vereinbart, kann der Arbeitgeber aus seinem Direktionsrecht auf die jeweilige Bewerbungssituation reagieren. Bietet der Arbeitgeber persönliche Gespräche und Einzelveranstaltungen an, die auf den jeweiligen Qualifizierungsnehmer individuell zugeschnitten sind, sollte Anwesenheitspflicht bestehen. Dagegen wird es dem Qualifizierungsnehmer freigestellt werden können, wo und wann er nach Stellenangeboten sucht und seine Bewerbungsmappen erstellt. Diese Pflichten sollten vertraglich ausgestaltet sein.

g) Sozialversicherungsrechtlicher Inhalt

Von weitreichender Bedeutung ist die Frage, ob das Rechtsverhältnis in der betriebsorganisatorisch eigenständigen Einheit für die Qualifizierungsnehmer der Sozialversicherungspflicht unterliegt. Maßgeblich ist nach § 1 SGB IV die Definition der sozialversicherungspflichtigen Beschäftigung in § 7 SGB IV, wonach dies die nichtselbständige Arbeit ist, insbesondere in einem Arbeitsverhältnis. Käme es

[142] Insoweit klarstellend BAG v. 23.6.2004, AP Nr. 12 zu § 14 TzBfG = BB 2004, S. 2643 (2644); BAG v. 3.9.2003, AP Nr. 4 zu § 14 TzBfG = BB 2004, S. 498 (499).

ausschließlich auf das Rechtsverhältnis in der betriebsorganisatorisch eigenständigen Einheit an, wäre zu diskutieren, ob Qualifizierungsnehmer – die wie erörtert keine Arbeit leisten – im System der Sozialversicherung pflichtversichert sind. Diese Frage verneint das *SG Mannheim*[143] in einer Entscheidung vom 14.1.2003. Zu klären war, ob für Mitglieder einer Beschäftigungs- und Qualifizierungsgesellschaft gesetzlicher Unfallversicherungsschutz besteht. Hierzu sei ein versicherungspflichtiges Beschäftigungsverhältnis Voraussetzung, welches in wesentlicher Weise eine Arbeitsleistung (also eine wirtschaftlich erhebliche Tätigkeit, die dem Interesse des Arbeitgebers dient) erfordere. Wenn – so das *SG* – die einzige vertragliche Verpflichtung darin bestehe, sich um ein neues Arbeitsverhältnis zu bemühen, sei dies keine Tätigkeit, die der Beschäftigungs- und Qualifizierungsgesellschaft einen wirtschaftlich erheblichen Vorteil vermittele. Folglich sei mangels sozialversicherungspflichtigem Beschäftigungsverhältnis auch kein gesetzlicher Unfallversicherungsschutz gegeben.

Ob die – Einzelfall gebliebene – Entscheidung ein versicherungspflichtiges Beschäftigungsverhältnis in der betriebsorganisatorisch eigenständigen Einheit zu Recht ablehnt, hängt davon ab, ob Anknüpfungspunkt der Sozialversicherungspflicht das Qualifizierungsverhältnis selbst ist oder das ursprüngliche Arbeitsverhältnis. Die Entscheidung verkennt, dass dogmatisch das Arbeitsverhältnis in geänderter Form fortwirkt. Richtiger Ansatz ist das Arbeitsverhältnis vor dem Transfer in die betriebsorganisatorisch eigenständige Einheit, hierfür lag eine sozialversicherungspflichtige Beschäftigung vor, die fortwirkt. Die Qualifizierungsnehmer beziehen in der betriebsorganisatorisch eigenständigen Einheit Transfer-Kurzarbeitergeld als Sonderform des konjunkturellen Kurzarbeitergelds. Nach §§ 5 Abs. 1 Nr. 1, 192 Abs. 1 Nr. 4 SGB V bleiben Arbeiter und Angestellte (Arbeitnehmer) während des Bezugs von Kurzarbeitergeld pflichtversichert in der gesetzlichen Krankenversicherung, gemäß § 20 Abs. 1 Nr. 1 2. HS SGB XI pflichtig in der Pflegeversicherung und nach § 1 Satz 1 Nr. 1 SGB VI in der gesetzlichen Rentenversicherung[144]. Da das Transfer-Kurzarbeitergeld eine arbeitsförderungsrechtliche Leistung ist, entfällt die Pflichtversicherung in der Arbeitslosenversiche-

[143] SG Mannheim v. 14.1.2003, BB 2003, S. 373 (373), rkr..
[144] Vgl. Küttner/*Voelzke*, Personalbuch 2006 (98) Rdnr. 13 f. und (266) Rdnr. 57 ff.; zur Entwicklung der gesetzlichen Vorschrift GK-SGB VI/*Boecken*, § 1 Rdnr. 64.

rung; andernfalls würden öffentliche Gelder nur umgeschichtet. Unerheblich ist, dass hinsichtlich der bisherigen Tätigkeitsbereiche Kurzarbeit „Null“ vereinbart und ausschließliche Tätigkeit die eigene Qualifizierung und Vermittlung ist.

Während Qualifizierungsnehmer, die aufgrund ihrer vorangegangenen Tätigkeit wegen Überschreitung der Versicherungspflichtgrenze von der Versicherungspflicht in der gesetzlichen Rentenversicherung befreit waren, dies auch nach dem Transfer in die Einheit weiterhin sind, gilt in der gesetzlichen Krankenversicherungspflicht etwas Anderes. Diese richtet sich nach dem regelmäßigen Jahresarbeitsentgelt, § 6 Abs. 1 Nr. 1 SGB V. Nach § 6 Abs. 6 und 7 SGB V beziffert sich die Jahresarbeitsentgeltgrenze für das Jahr 2006 auf 47.250 €. Das Transfer-Kurzarbeitergeld beträgt maximal 67 v.H. des pauschalierten Nettoentgelts. Etwaige Zuschusszahlungen des Arbeitgebers erhöhen das Transfer-Kurzarbeitergeld als Bemessungsgrundlage nicht, solange 80 v.H. des pauschalierten Nettoentgelts nicht überschritten werden, § 2 Abs. 2 Nr. 4 ArEV. Dadurch kann trotz Zuschusszahlungen eine dauerhafte Entgeltminderung eintreten, so dass die Jahresarbeitsentgeltgrenze im Laufe des Kalenderjahres unterschritten und Krankenversicherungspflicht wieder eintreten würde. Sowohl für die übergangsweise in den neuen Bundesländern geltende Vorschrift § 63 Abs. 5 AFG/DDR als auch für die westdeutsche Regelung § 63 Abs. 4 AFG über den Bezug von strukturellem Kurzarbeitergeld haben die Gesamtsozialversicherungsträger seit 1991 vereinbart, bei dauerhafter Entgeltminderung für bisher höherverdienende Arbeitnehmer Krankenversicherungspflicht eintreten zu lassen[145]. Entsprechendes muss beim Bezug von Transfer-Kurzarbeitergeld gelten, § 216 b SGB III.

Entsprechend der rechtlichen Einordnung des Qualifizierungsverhältnisses als sozialversicherungspflichtiges Beschäftigungsverhältnis hat der Arbeitgeber Beiträge zur Unfallversicherung an die Berufsgenossenschaft abzuführen, §§ 150, 167 SGB VII. Die Tätigkeit der Qualifizierungsnehmer lässt sich in die Gefahrenklasse der verwaltenden Berufe einordnen.

[145] BB 1996, S. 331 (332).

5. Exkurs

Der neue Arbeitgeber hat den Gesamtsozialversicherungsbeitrag (ohne Arbeitslosenversicherung) vollumfänglich zu übernehmen, was in der Regel im Sozialplan oder einer ergänzenden Vereinbarung festgelegt wird. Bemessungsgrundlage sind die beitragspflichtigen Einnahmen, § 226 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 SGB V und § 161 SGB VI. Soweit (Transfer-) Kurzarbeitergeld bezogen wird, gilt als beitragspflichtiges Entgelt 80 v.H. des Unterschiedsbetrages zwischen dem Sollentgelt und dem Istentgelt nach § 179 SGB III, vgl. § 232 a Abs. 2 SGB V und § 163 Abs. 6 SGB VI. Da Kurzarbeit „Null“ vereinbart ist, beträgt das Istentgelt –0–, das Sollentgelt ist der Betrag des geleisteten Transfer-Kurzarbeitergeld, etwaige Zuschusszahlungen des Arbeitgebers bleiben außer Betracht, sofern 80 v.H des pauschalierten Nettoentgelts nicht überschritten werden.

6. Ergebnis

Das Qualifizierungsverhältnis in der betriebsorganisatorisch eigenständigen Einheit ist ein Arbeitsverhältnis eigener Art, §§ 611, 311 Abs. 1 BGB. Es ist auch ein sozialversicherungspflichtiges Beschäftigungsverhältnis i.S.d. § 7 Abs. 1 Satz 1 SGB IV.

III. Betriebsverfassungsrechtlicher Status der Qualifizierungsnehmer

Fraglich ist, ob die Qualifizierungsnehmer einer betriebsorganisatorisch eigenständigen Einheit Arbeitnehmer im Sinne des § 5 Abs. 1 Satz 1 BetrVG, also Arbeiter/Angestellte oder zur Berufsausbildung Beschäftigte sind. Die grundsätzliche Betriebsratsfähigkeit einer Einheit sagt noch nichts darüber aus, ob ihre Teilnehmer auch Arbeitnehmer i.S.d. Vorschrift sind. Diese Frage ist von erheblicher Bedeutung: So entscheidet sie etwa über das Erreichen von Schwellenwerten bei der Betriebsratsfähigkeit (§ 1 BetrVG), der Betriebsratsgröße (§ 9 BetrVG) oder der Anzahl der Freistellungen (§ 38 BetrVG). Die Anzahl der Arbeitnehmer ist entscheidend für verschiedene Rechte des Betriebsrates, bspw. für die Begründungspflicht von Beschäftigungssicherungsmaßnahmen (§ 92 Abs. 2 Satz 2 BetrVG), die Mitbestimmung bei personellen Einzelmaßnahmen oder den Umfang

der Mitwirkung im Zusammenhang mit der Sozialplanerstellung bei Betriebsänderungen (§ 111 BetrVG).

1. Allgemeiner arbeitsrechtlicher Arbeitnehmerbegriff

Zunächst ist zu klären, welcher Arbeitnehmerbegriff im BetrVG zugrunde zu legen ist. Nach der Rechtsprechung des *BAG* gilt auch im Betriebsverfassungsrecht der allgemeine arbeitsrechtliche Arbeitnehmerbegriff[146]; arbeitsrechtlicher und betriebsverfassungsrechtlicher Arbeitnehmerbegriff stimmen für die in § 5 Abs. 1 BetrVG genannten Mitarbeiter überein. So ist Arbeitnehmer im Sinne des § 5 Abs. 1 Satz 1 Alt. 1 BetrVG, wer zur Dienstleistung in persönlicher Abhängigkeit verpflichtet und in den Betrieb des Arbeitgebers eingegliedert ist[147]. Er muss seine Leistung persönlich erbringen und unterliegt dem Weisungsrecht seines Arbeitgebers[148]. Zur Abgrenzung des Arbeitnehmers vom (nicht abhängig beschäftigten) Selbständigen können die von der Rechtsprechung zu § 84 Abs. 1 Satz 2 HGB entwickelten Wertungsmerkmale herangezogen werden[149]. Die erforderliche Eingliederung in den Betrieb des Arbeitgebers wird durch dessen Weisungsrecht indiziert; daneben ist eine Einbindung in die betriebliche Organisation zur Verfolgung des arbeitstechnischen Betriebszwecks nötig.

2. Keine Eingliederung in den Betrieb als Angestellte/Arbeiter

Maßgebend wird es darauf ankommen, ob die Qualifizierungsnehmer in die Arbeitsorganisation des Betreibers der betriebsorganisatorisch eigenständigen Einheit eingegliedert sind, also gemeinsam mit den anderen Mitarbeitern den arbeitstechnischen Zweck verfolgen, der in der Qualifizierung und Vermittlung in den ersten Arbeitsmarkt besteht. Die Qualifizierungsnehmer erbringen keine produktive oder dienstleistungsorientierte Arbeitsleistung in herkömmlicher Form mehr, hin-

---

[146] Vgl. BAG v. 12.2.1992, AP Nr. 52 zu § 5 BetrVG 1972 = NZA 1993, S. 334 (334); a.A. *Heither*, S. 187 und 191, der aufgrund unterschiedlichen Normzwecks zwischen dem individualrechtlichen und dem kollektiv- (betriebsverfassungs-) rechtlichen Arbeitnehmerstatus unterscheidet.

[147] St. Rspr. des BAG vgl. BAG v. 30.9.1998, AP Nr. 103 zu § 611 BGB Abhängigkeit = BB 1999, S. 587 (587) mit Nachweisen.

[148] *V. Hoyningen-Huene*, BetrVR § 3 III. 2; *Fitting*, BetrVG § 5 Rdnr. 25.

[149] Vgl. Baumbach/*Hopt*, HGB § 84 Rdnr. 35 ff.; MünchKommHGB/*v. Hoyningen-Huene*, § 84 Rdnr. 25 ff., 36 ff.; *Fitting*, BetrVG § 5 Rdnr. 37.

sichtlich ihres bisherigen Tätigkeitsbereiches ist Kurzarbeit „Null“ angeordnet. Die eigene Qualifizierung ist der einzige oder zumindest überwiegende arbeitstechnische Zweck[150] und stellt die eigentliche „Produktion“ der betriebsorganisatorisch eigenständigen Einheit dar. Die Teilnahme an Qualifizierungen, Schulungen und Bewerbungstrainings dient lediglich der Erhöhung der eigenen Vermittelbarkeit auf einen neuen Arbeitsplatz. Die Qualifizierungsnehmer tragen durch ihre Teilnahme nicht dazu bei, den Betriebszweck zu erreichen, sondern sind selbst Betriebszweck[151]. Sie sind folglich keine Arbeitnehmer im Sinne des § 5 Abs. 1 Satz 1 1. HS BetrVG.

3. Keine Eingliederung in den Betrieb als zur Berufsausbildung Beschäftigte

Möglicherweise sind die Qualifizierungsnehmer durch die Teilnahme an Weiterbildungsmaßnahmen als Auszubildende i.S.d. Vorschrift einzuordnen. Schließlich ist Hauptzweck ihres Aufenthaltes in der betriebsorganisatorisch eigenständigen Einheit die Qualifizierung, die Teilnahme an Sprachkursen, Persönlichkeitstraining und andere Schulungen. Diese Zielsetzung ergibt sich bereits aus § 216 b Abs. 3 Nr. 2 SGB III, wonach die Vermittlungsdefizite der Qualifizierungsnehmer durch entsprechende Maßnahmen zu verbessern sind. Im Regelfall werden solche verbesserungsfähigen Defizite schon deswegen auftreten, weil die Qualifizierungsnehmer während ihrer bisherigen Beschäftigung zwar Berufserfahrung und unternehmensspezifische Kenntnisse hinzugewonnen, aber ihre Fähigkeiten nicht entsprechend den Bedürfnissen des freien Arbeitsmarktes angepasst haben.

a) Zur Berufsausbildung Beschäftigte nach BBiG und BetrVG

Zunächst ist zu untersuchen, ob die Begriffe ‚Berufsbildung’ in BBiG und BetrVG einheitlich verwendet werden. Letzterer ist – da entstehungsgeschichtlich älter – wesentlich weiter gefasst. Berufsbildung nach § 1 Abs. 1 BBiG umfasst hingegen nur nach dem BBiG anerkannte, dort aufgezählte Ausbildungsberufe. Der Begriff

[150] So auch *Bachner/Schindele*, NZA 1999, S. 130 (134); *Rieble/Klumpp*, NZA 2003, S. 1169 (1172); *Heither*, S. 185 f.; *Stück*, MDR 2005, S. 361 (366); *Sieg/Duffing*, AuA 2004, S. 22 (25).

[151] A.A. *Heither*, S. 186, der den Vermittlungs- und Qualifizierungszweck als Betriebszweck ausreichen lässt, um die Teilnehmer als Arbeitnehmer zu qualifizieren. Auf eine Eingliederung in die Arbeitsorganisation der betriebsorganisatorisch eigenständigen Einheit verzichtet er.

der ‚Berufsbildung' in § 1 Abs. 1 BBiG deckt sich daher nicht mit dem Begriff in § 5 Abs. 1 BetrVG[152]. Die Vorschrift unterscheidet in § 1 Abs. 5 BBiG zwischen betrieblicher Berufsbildung, Berufsbildung in Berufsschulen und Berufsbildung in sonstigen Berufsbildungseinrichtungen, also in überbetrieblichen Ausbildungswerkstätten, Berufsbildungs- und Berufsförderungswerken oder Rehabilitationszentren. Zu den sonstigen Berufsbildungswerken lassen sich die betriebsorganisatorisch eigenständigen Einheiten zählen. Alle Qualifizierungs- und Weiterbildungsmaßnahmen finden sowohl außerhalb der (ursprünglichen) betrieblichen Abläufe als auch außerhalb derjenigen der Einheit statt. Die Frage, ob Qualifizierungsnehmer in einer betriebsorganisatorisch eigenständigen Einheit Auszubildende i.S.d. BetrVG sind, ist höchstrichterlich bisher nicht entschieden, mehrfach jedoch, wann Auszubildende sonstiger Berufsbildungswerke als ‚zur Berufsausbildung Beschäftigte' i.S.d. Betriebsverfassungsrechtes anzunehmen sind[153]. Der dort verwendete Begriff deckt sich nicht mit dem des BBiG, sondern muss im Lichte seiner Regelungsmaterie (normzweckorientiert) ausgelegt werden[154].

b) *BAG*-Rechtsprechung zu den zur Berufsausbildung Beschäftigten nach § 5 Abs. 1 BetrVG

Bis 1993 hatte das *BAG*[155] entschieden, § 5 Abs. 1 BetrVG erfasse alle Auszubildenden, auch diejenigen in außerbetrieblichen (reinen) Ausbildungsbetrieben. Hauptpflicht der Auszubildenden sei nach § 9 BBiG a.F. (jetzt: § 13 BBiG) der Erwerb praktischer Fähigkeiten und Kenntnisse, nicht die Leistung von Arbeit. Dem-

[152] BAG v. 25.10.1989, AP Nr. 40 zu § 5 BetrVG 1972 mit Anm. *Natzel* = BAGE 63, 188 (195); BAG v. 10.2.1981, AP Nr. 25 zu § 5 BetrVG 1972 mit Anm. *Natzel* = DB 1981, S. 1935 (1936); BAG v. 24.9.1981, AP Nr. 26 zu § 5 BetrVG 1972 mit Anm. *Natzel* = DB 1982, S. 606 (606); *Fitting*, BetrVG § 5 Rdnr. 253; DKK/*Trümner*, BetrVG § 5 Rdnr. 100; *Rohlfing*, NZA 1997, S. 365 (366); Schaub/*Koch*, ArbR-Hdb. § 212 Rdnr. 6c.

[153] U.a. BAG v. 21.7.1993, AP Nr. 8 zu § 5 BetrVG 1972 Ausbildung = NZA 1994, S. 713 (714); BAG v. 20.3.1996, AP Nr. 9 zu § 5 BetrVG 1972 Ausbildung = NZA 1997, S. 326 (326).

[154] Im Grundsatz BAG v. 25.10.1989, AP Nr. 40 zu § 5 BetrVG 1972 mit Anm. *Natzel* = BAGE 63, 188 (195); speziell zum Begriff Berufsausbildung: BAG v. 22.6.1994, AP Nr. 15 zu § 1 BeschFG 1985 = NZA 1995, S. 625 (626); BAG v. 23.6.1983, AP Nr. 10 zu § 78 a BetrVG 1972 mit Anm. *Natzel* = NJW 1984, S. 1779 (1779); BAG v. 20.3.1996, AP Nr. 10 zu § 5 BetrVG 1972 Ausbildung = NZA 1997, S. 107 (108).

[155] BAG v. 12.6.1986, AP Nr. 33 zu § 5 BetrVG 1972 = NZA 1987, S. 136 (136 Ls.); BAG v. 26.11.1987, AP Nr. 36 zu § 5 BetrVG 1972 = NZA 1988, S. 505 (506); BAG v. 13.5.1992, AP Nr. 4 zu § 5 BetrVG 1972 Ausbildung = NZA 1993, S. 762 (763); dann Änderung der Rechtsprechung durch BAG v. 21.7.1993, AP Nr. 8 zu § 5 BetrVG 1972 Ausbildung = BB 1994, S. 575 (576); BAG v. 26.1.1994, AP Nr. 54 zu § 5 BetrVG 1972 = NZA 1995, S. 120 (121).

nach sei nicht erheblich, ob diese Fähigkeiten in einem produzierenden Betrieb oder in einem reinen Ausbildungsbetrieb vermittelt wurden, d.h. ob zum Zwecke des Betriebes oder über den eigenen Bedarf hinaus ausgebildet wird.

Seit der Entscheidung vom 21.7.1993[156] stellt das *BAG* nun zurecht darauf ab, dass auch beim Personenkreis der zur Berufsausbildung Beschäftigten die für die Arbeitnehmereigenschaft im betriebsverfassungsrechtlichen Sinne allgemein kennzeichnenden Kriterien erfüllt[157] sein müssen. Unter anderem ist ein solches Kriterium besagter Einsatz innerhalb der betrieblichen Organisation zu Erfüllung eines bestimmten Betriebszwecks. Von § 5 Abs. 1 BetrVG erfasst werden nur noch diejenigen Personen, mit denen der Ausbildende einen zumindest auch auf die Ausbildung gerichteten privatrechtlichen Vertrag geschlossen hat. Die Auszubildenden müssen aufgrund Ausbildungsvertrages im Betrieb des Ausbilders eine berufliche Unterweisung erhalten und in die Betriebsorganisation eingebunden sein. Dies ist nur dann gegeben, wenn eine betriebliche praktische Unterweisung erfolgt, im Rahmen derer der Ausbilder praktische Aufgaben zu Ausbildungszwecken zuweist[158]. Es kommt entscheidend darauf an, dass sich die berufspraktische Ausbildung im Rahmen der jeweiligen arbeitstechnischen Zwecksetzung des Betriebes vollzieht, zu dessen Erreichen die betriebsangehörigen Arbeitnehmer zusammenwirken. Neben der praktischen Ausbildung muss der Betrieb also noch arbeitstechnische Zwecke im dienstleistenden oder produktiven Bereich verfolgen, die Ausbildung darf sich letztlich nur auf die Verschaffung der praktischen Kenntnisse zur Erreichung dieses arbeitstechnischen Zwecks beziehen.

c) Geltung auch für Qualifizierungsnehmer?

Entscheidende Frage ist nun, ob sich diese Rechtsprechung auf Qualifizierungsnehmer übertragen lässt. In der internen wie externen betriebsorganisatorisch eigenständigen Einheit ist überwiegender arbeitstechnischer Betriebszweck die Qualifizierung und Vermittlung von Zusatzqualifikationen sowie Bewerbungstrai-

[156] BAG v. 21.7.1993, AP Nr. 8 zu § 5 BetrVG Ausbildung = NZA 1994, S. 713 (714); BAG v. 26.1.1994, AP Nr. 54 zu § 5 BetrVG 1972 = NZA 1995, S. 120 (121 f.).
[157] BAG v. 20.3.1996, AP Nr. 9 zu § 5 BetrVG 1972 Ausbildung = NZA 1997, S. 326 (327).
[158] BAG v. 20.3.1996 a.a.O. und Nachweise Fn. 156.

ning der Qualifizierungsnehmer. Ihnen werden für eine Vermittlung in bestimmte Berufszweige erforderliche Zusatzkenntnisse vermittelt. Sie werden also nicht für Berufe ausgebildet, die in der betriebsorganisatorisch eigenständigen Einheit im Rahmen deren arbeitstechnischer Zwecksetzung ausgeübt werden. Eine Ausbildung zum Ausbilder, Personalsachbearbeiter, Coach o.ä. findet nicht statt. Insoweit ist die betriebsorganisatorisch eigenständige Einheit mit einem reinen Ausbildungsbetrieb vergleichbar und der Qualifizierungsnehmer mit dem Auszubildenden eines reinen Ausbildungsbetriebes.

4. Konsequenzen für Wahlberechtigung und Wählbarkeit, §§ 7, 8 BetrVG

Die Übertragung der *BAG*-Rechtsprechung zur Wahlberechtigung nach § 5 Abs. 1 BetrVG für Mitglieder reiner Ausbildungsbetriebe auf die Teilnehmer von betriebsorganisatorisch eigenständigen Einheiten hat weitreichende Folgen, da auch die Regelungen über die Wahl einer Jugend- und Auszubildendenvertretung nach §§ 60, 61 BetrVG an den Arbeitnehmerstatus des § 5 Abs. 1 BetrVG anknüpfen: Den Qualifizierungsnehmern kommt keine betriebsverfassungsrechtliche Vertretung zu; die Beschränkung der Wahlberechtigung auf die tatsächlich den Betriebszweck verwirklichenden Mitarbeiter verhindert deren Majorisierung durch die von ihnen Auszubildenden. Als wahlberechtigte und wählbare Arbeitnehmer nach §§ 7, 8 BetrVG zählen ausschließlich die Mitarbeiter der Organisation der betriebsorganisatorisch eigenständigen Einheit mit Ausnahme der leitenden Angestellten, § 5 Abs. 3 Satz 1 BetrVG[159].

5. Exkurs: Vereinbarungen gemäß § 3 BetrVG

Besteht in der betriebsorganisatorisch eigenständigen Einheit kein Betriebsrat oder besteht ein die Qualifizierungsnehmer nicht repräsentierender Betriebsrat, ist aber die Mitbestimmung auch dieses Personenkreises erwünscht, könnte gemäß

[159] Ebenfalls *Rieble/Klumpp*, NZA 2003, S. 1169 (1173); *Stück*, MDR 2005, S. 361 (366); die Arbeitnehmereigenschaft verneinend MünchKommInsO/*Löwisch/Caspers*, Vor §§ 113-128 Rdnr. 19; a.A. *Fitting*, BetrVG § 5 Rdnr. 139 und § 7 Rdnr. 7, der zwar auch davon ausgeht, dass für Arbeitnehmer in Beschäftigungs- und Qualifizierungsgesellschaften Besonderheiten bestehen, dies bleibt jedoch ohne Auswirkung auf Wahlberechtigung und Wählbarkeit; a.A. ebenso *Heither*, S. 186, der trotz Änderung des Vertragsinhalts in der betriebsorganisatorisch eigenständigen Einheit davon ausgeht, dass die Arbeitnehmer ihren Status nicht verlieren.

§ 3 Abs. 1, Abs. 3 BetrVG durch Tarifvertrag oder Betriebsvereinbarung eine Zuständigkeit des bisherigen Betriebsrates des (Produktions-) Betriebes oder des neuen (für die Einheit zuständigen) Betriebsrates begründet werden.

6. Ergebnis

Die betriebsorganisatorisch eigenständige Einheit ist zwar an sich betriebsratsfähig, die Qualifizierungsnehmer sind indes keine Arbeitnehmer im Sinne des § 5 Abs. 1 BetrVG. Sie sind daher weder wahlberechtigt noch wählbar, werden folglich nicht durch einen etwaigen Betriebsrat vertreten. Für die Qualifizierungsnehmer besteht mithin keine Mitbestimmung in der Einheit.

§ 4 Rechtsgrundlagen für den Transfer in die betriebsorganisatorisch eigenständige Einheit

Die den Personalanpassungsmaßnahmen zugrunde liegenden Betriebsänderungen sind Folge wirtschaftlicher und konjunktureller Umwälzungen und müssen schnell umgesetzt werden, um die in dem Unternehmen verbleibenden Arbeitsplätze zu sichern. Je größer die Akzeptanz für einen Wechsel in eine Transfergesellschaft in der betroffenen Belegschaft ist, desto schneller kann dieser durchgeführt und der personalabgebende Betrieb entlastet werden. Zu klären wird sein, auf welche Rechtsgrundlagen ein derartiger Wechsel zu stützen ist und ob zwischen einem Wechsel in die unternehmensexterne oder -interne Einheit zu unterscheiden ist. Problematisch könnte der Wechsel von Arbeitnehmern mit Sonderkündigungsschutz sein, wenn sie aufgrund ihres Status von Arbeitslosigkeit nicht bedroht sind.

I. Transfer in die externe betriebsorganisatorisch eigenständige Einheit (Transfergesellschaft)

In der betrieblichen Praxis erfolgt der Wechsel in eine Transfergesellschaft in der Regel einvernehmlich, wobei verschiedene arbeitsrechtliche Gestaltungsvarianten möglich sind. Es wird zu untersuchen sein, ob die Möglichkeit besteht, einen nicht einvernehmlichen Wechsel des Arbeitnehmers in die Einheit durchzusetzen.

1. Vertragsfreiheit des Arbeitnehmers

Unterliegt der Abschluss des Qualifizierungsvertrages wie jedes andere Vertragsverhältnis der Vertragsfreiheit, besteht für den betroffenen transferunwilligen Arbeitnehmer kein Kontrahierungszwang. Mit dem Transfer in die externe betriebsorganisatorisch eigenständige Einheit ist ein Wechsel des Arbeitgebers verbunden. Der Wechsel einer Vertragspartei bedarf grundsätzlich der Zustimmung der anderen. Zwar können die Qualifizierungsnehmer in der Einheit Transfer-Kurzarbeitergeld beziehen und damit wird ihre „Vergütung“ nicht aus Mitteln der Transfergesellschaft erbracht. Die Transfergesellschaft ist jedoch formal neuer

Arbeitgeber; nur über ihn kann der Qualifizierungsnehmer an Bildungsmaßnahmen teilnehmen und der Arbeitsverwaltung nicht gemeldete Vermittlungsangebote erhalten. Nur über den neuen Arbeitgeber kann das Transfer-Kurzarbeitergeld und ein etwaiger Zuschuss ausgezahlt werden. Ein aus dem Unternehmen ausscheidender Arbeitnehmer muss einen neuen Schuldner/Gläubiger nicht gegen seinen Willen akzeptieren und kann daher zum Abschluss des Qualifizierungsvertrages und zum Eintritt in die Transfergesellschaft nicht veranlasst werden.

2. Aufhebungsvertrag und zeitlich getrennter Qualifizierungsvertrag

Als Rechtsgrundlage für einen Wechsel kommt der Abschluss eines Aufhebungsvertrages mit dem bisherigen Arbeitgeber in Betracht. Von der Transfergesellschaft, bei der die betriebsorganisatorisch eigenständige Einheit eingerichtet wird, erhält der Arbeitnehmer ein Angebot zum Abschluss eines Qualifizierungsvertrages. Ein neuer Arbeitgeber in Gestalt der Transfergesellschaft etabliert sich. Unterschreibt der Arbeitnehmer den Qualifizierungsvertrag nicht, scheidet er aus dem bisherigen Betrieb in die Arbeitslosigkeit aus – mit der Konsequenz des Eintritts einer Sperrzeit und eventueller Anrechnung einer Abfindung. Dieser Ablauf birgt für alle Beteiligten große Ungewissheiten. Bis zum Abschluss des Qualifizierungsvertrages wissen weder der bisherige Arbeitgeber, noch die Transfergesellschaft als zukünftiger Arbeitgeber oder die Arbeitnehmer, ob und wie viele Betroffene in die Transfergesellschaft wechseln. So kann weder der Sozialplanbedarf berechnet noch der ausscheidende Arbeitnehmer durch gezielte Qualifizierungsmaßnahmen für die Stellenvermittlung in ein neues Arbeitverhältnis gefördert werden. Problematisch ist ein rascher Abschluss des Aufhebungsvertrages, wenn der Qualifizierungsvertrag noch nicht unterzeichnet ist. Tritt für den Arbeitnehmer nur ein Tag Arbeitslosigkeit ein, ist eine Förderung durch Transfer-Kurzarbeitergeld ausgeschlossen.

3. Dreiseitiger Vertrag als Aufhebungs- und Qualifizierungsvertrag

Vorzuziehen ist die Überleitung des Qualifizierungsnehmers in die Einheit durch

den sog. dreiseitigen Vertrag[160]. Gleichzeitig und in einem (zusammenhängenden) Schriftstück mit der vertraglichen Aufhebung des bisherigen Arbeitsverhältnisses wird ein befristeter Qualifizierungsvertrag mit der Transfergesellschaft als neuem Arbeitgeber vereinbart. An diesem Vertrag sind gleichzeitig der bisherige Arbeitgeber, die Transfergesellschaft sowie der betroffene Arbeitnehmer beteiligt.

Sinn und Zweck der dreiseitigen Vertragsgestaltung ist, durch eine unmittelbare Verknüpfung aller Betroffenen die Akzeptanz und die Planbarkeit der Maßnahme deutlich zu erhöhen. Durch die Beteiligung sowohl des alten als auch des neuen Arbeitgebers wird dem Arbeitnehmer ein vertrauensbildendes Gefühl der Sicherheit vermittelt[161]. Die beiden Arbeitgeber können bei dieser Vertragsgestaltung ihre gegenseitigen Vorstellungen zeitnah miteinander verbinden. Die finanzielle Ausstattung der Einheit und die zukünftigen Personalkosten im abgebenden Betrieb sind eher kalkulierbar, wenn der Abschluss des dreiseitigen Vertrages innerhalb eines festgelegten Zeitraumes und damit die einheitliche Überleitung der Arbeitnehmer möglich ist. Andernfalls gilt das Angebot zum Abschluss des dreiseitigen Vertrages als abgelehnt. Nach Ablauf der Frist können die zur Verfügung zu stellenden Kosten für die in die Transfergesellschaft wechselnden Arbeitnehmer der Höhe nach bestimmt werden. Die Befristung des Qualifizierungsvertrages ist an die Dauer der Existenz der betriebsorganisatorisch eigenständigen Einheit zu koppeln. Das Qualifizierungsverhältnis muss enden, sollten die arbeitsfördernden Finanzmittel der Arbeitsverwaltung versagt werden, andernfalls hat der Arbeitgeber diese Kosten zu tragen. Denn aus finanzieller Sicht stehen und fallen die betriebsorganisatorisch eigenständigen Einheiten – und damit im Einzelfall ganze Transfergesellschaften – mit der Gewährung dieser arbeitsförderungsrechtlichen Mittel.

Kündigungsgründe müssen auch solche sein, die zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses seitens der Transfergesellschaft noch nicht absehbar waren. Unabhängig von der rechtlichen Möglichkeit, eine Transfergesellschaft für die Einrichtung

[160] Der Begriff *dreiseitiger Vertrag* ist inzwischen anerkannt, auch wenn das BAG in der Entscheidung v. 30.3.2004, den „dreiseitigen Vertrag“ jüngst nur als Zitat verwendet; vgl. auch *Stück*, MDR 2005, S. 361 (363).

[161] *Gaul/Otto*, NZA 2004, S. 1301 (1302).

einer externen betriebsorganisatorisch eigenständigen Einheit zu gründen, hängt die finanzielle Realisierbarkeit meist von der Gewährung von Transfer-Kurzarbeitergeld ab. Hinsichtlich etwaiger Versagensgründe bzgl. der Gewährung dieser Leistung besteht allerdings nach wie vor keine Rechtsklarheit. Ausdrückliche gesetzliche Regelungen hierzu fehlen, vgl. § 216 b SGB III, der ausschließlich Versagungsgründe nennt, die in der Person des Qualifizierungsnehmers liegen. Ebensowenig klären die internen Anweisungen der Bundesagentur für Arbeit (Interpretationshilfen), ob die Verletzung von Mitwirkungspflichten der Transfergesellschaft wie bspw. fehlende Unterbreitung von Vermittlungsvorschlägen oder Verletzung der Mitteilungspflichten (vgl. § 216 b Abs. 9 SGB III) Versagensgründe darstellen; so hat jede im Einzelfall zuständige Agentur für Arbeit das Entscheidungsrecht. Diese Fragen gerichtlich klären zu lassen, ist zwar grundsätzlich möglich, jedoch allein durch den eintretenden Zeitablauf nicht das Mittel der Wahl.

4. Kündigung des Arbeitsverhältnisses und Abschluss des Qualifizierungsvertrages innerhalb der Kündigungsfrist

Als Alternative zum dreiseitigen Vertrag wäre denkbar, dass die Arbeitnehmer die Kündigung abwarten und alsdann den Qualifizierungsvertrag unterzeichnen. In der betrieblichen Praxis wird diese Vorgehensweise eher unwahrscheinlich sein. Schließlich ist der Vorteil des dreiseitigen Vertrages, dass dieser aufgrund drohender betriebsbedingter Kündigung unterzeichnet wird, da der Einzelne – vorbehaltlich der Sozialauswahl – mit einer solchen rechnen muss. Eine zeitaufwendige Sozialauswahl soll gerade vermieden werden, auch die z.T. langen Kündigungsfristen. Bietet der Arbeitgeber seinen Arbeitnehmern dennoch an, den Qualifizierungsvertrag nach Erhalt der Kündigung zu unterzeichnen, und stehen weder Vereinbarungen im Sozialplan/Interessenausgleich oder eine Betriebsvereinbarung entgegen, muss dies innerhalb der Kündigungsfrist erfolgen, bevor der Arbeitnehmer aus dem Betrieb ausgeschieden ist. Vor Ablauf der Frist muss auch der Eintritt in die Transfergesellschaft vollzogen sein, da die Arbeitnehmer ansonsten nicht mehr nur von Arbeitslosigkeit bedroht, vgl. § 17 SGB III, sondern bereits arbeitslos sind. Eine Förderung nach § 216 b SGB III scheidet dann aus.

5. Ergebnis

Der Wechsel in die Transfergesellschaft erfolgt regelmäßig durch dreiseitigen Vertrag zwischen Arbeitnehmer, bisherigem und neuem Arbeitgeber, dessen Bestandteile ein (einvernehmlicher) Aufhebungs- und ein Qualifizierungsvertrag sind oder durch betriebsbedingte ordentliche wie außerordentliche Kündigung und anschließendem Qualifizierungsvertrag. Mit Abschluss des Qualifizierungsvertrages wird das Beschäftigungsverhältnis in der Transfergesellschaft begründet.

II. Transfer in die interne betriebsorganisatorisch eigenständige Einheit

Bei einem Wechsel in die interne betriebsorganisatorisch eigenständige Einheit dürfte der Aufhebungsvertrag nicht das Mittel der Wahl sein, da die Arbeitnehmer und zukünftigen Qualifizierungsnehmer Teil des Unternehmens bleiben und bisherige Vertragsbeziehungen beibehalten werden könnten. Sinnvoller scheint es daher, einen einvernehmlichen Wechsel mittels Änderungsvertrag zu vollziehen. Möglicherweise kann auch ein nicht einvernehmlicher Wechsel durch Ausübung des Direktionsrechts oder Änderungskündigung umgesetzt werden.

1. Änderungsvertrag als Aufhebungs- und Qualifizierungsvertrag, § 311 Abs. 1 BGB

Bleiben die Vertragsparteien beim Wechsel aus dem personalabgebenden Betrieb und die betriebsorganisatorisch eigenständige Einheit bestehen, müssen die zentralen Bestimmungen des bisherigen Arbeitsvertrages eine umfassende Änderung erfahren, um die Rechtsgrundlage für eine Versetzung zu bilden.

a) Ruhen des bisherigen Arbeitsverhältnisses

Als eine Gestaltungsmöglichkeit käme zunächst in Betracht, bei Abschluss des Qualifizierungsvertrages das Ruhen des Arbeitsverhältnisses zu vereinbaren. Gleichzeitig könnten die wesentlichen Vertragsbestandteile des Qualifizierungsverhältnisses (Arbeitsverhältnisses eigener Art) begründet werden. Das Ruhen des Arbeitsverhältnisses führt zur Suspendierung der Hauptleistungspflichten. Der Arbeitnehmer schuldet keine Arbeitsleistung, der Arbeitgeber schuldet kein Ent-

gelt[162]. Dem Ruhenstatbestand steht nicht entgegen, dass eine Rückkehr aus dem Beschäftigungsverhältnis in der betriebsorganisatorisch eigenständigen Einheit und damit ein Wiederaufleben des Arbeitsverhältnisses nach Sinn und Zweck des Transfer-Kurzarbeitergeldes, § 216 b Abs. 7 SGB III, ausgeschlossen ist. Dieser Ausschluss betrifft nur die Leistungsgewährung, nicht das Beschäftigungsverhältnis in der Einheit. Eine solche Rückkehr in den Betrieb bzw. in einen anderen Betrieb des Unternehmens ist nach Durchführung der betrieblichen Umstrukturierung und Änderung von Organisations- und Arbeitsstrukturen für einige Arbeitnehmer im Gegenteil durchaus wahrscheinlich. Mit der Rückkehr in einen Betrieb des Unternehmens in der betriebsorganisatorisch eigenständigen Einheit lebt das ruhende Arbeitsverhältnis wieder auf. Bei Verlassen der Einheit in ein neues Arbeitsverhältnis außerhalb des Unternehmens – das entspricht dem Regelfall – muss nicht nur das Beschäftigungsverhältnis mit der betriebsorganisatorisch eigenständigen Einheit, sondern auch das bisherige ruhende Arbeitsverhältnis gekündigt werden. Der Qualifizierungsvertrag regelt alle Arbeitsbedingungen neu, das bisherige Arbeitsverhältnis ruht und wird vom Qualifizierungsverhältnis überlagert.

b) Beendigung des bisherigen Arbeitsverhältnisses

Sinnvoller ist es, im Änderungsvertrag die Beendigung des Arbeitsverhältnisses und das Ausscheiden aus dem Betrieb bereits mit den geänderten Bedingungen des Qualifizierungsverhältnisses zu verbinden. Inwieweit insbesondere die Befristung des Qualifizierungsverhältnisses zulässig ist, ist zu klären.

aa) Nachträgliche Befristung des unbefristeten Arbeitsverhältnisses

Da das Beschäftigungsverhältnis in der betriebsorganisatorisch eigenständigen Einheit längstens 12 Monate arbeitsförderungsrechtlich unterstützt wird, vgl. § 216 b Abs. 8 SGB III, sollte es bei Eintritt in die Einheit befristet werden. Diese Vereinbarung führt zu einer nachträglichen Befristung eines ursprünglich unbefristeten Arbeitsverhältnisses. Als solche unterliegt diese vertragliche Regelung be-

[162] *Schaub*, ArbR-Hdb. § 32 Rdnr. 92.

sonderen Wirksamkeitsvoraussetzungen. Schließlich könnte andernfalls die nachträgliche Befristung und mit deren Ablauf die Beendigung des Arbeitsverhältnisses eine Umgehung des Kündigungsschutzes sein. Für den Umgehungstatbestand unerheblich ist, ob das Arbeitsverhältnis des betroffenen Arbeitnehmers in den Geltungsbereich des KSchG fällt oder nicht.

bb) Arbeitsrechtliche Befristungskontrolle

Nach der seit dem 24.1.1996 ständigen Rechtsprechung des *BAG*[163] bedurfte die nachträgliche vertragliche Befristung eines unbefristeten und unter Kündigungsschutz stehenden Arbeitsverhältnis stets eines sachlichen Grundes. Denn mit einer solchen – grundsätzlich zulässigen – Vertragsbestimmung konnte eine funktionswidrige Verwendung des Rechtsinstituts eines befristeten Arbeitsvertrages verbunden sein[164]. Mit Inkrafttreten des § 14 TzBfG ist diese Begründung nicht mehr von großer Bedeutung, da ein sachlicher Grund für die nachträgliche Befristung eines Arbeitsvertrages gesetzliches Erfordernis geworden ist, vgl. § 14 Abs. 2 Satz 2, Abs. 2 Satz 1 1. HS i.V.m. § 14 Abs. 1 TzBfG. Die Befristungskontrolle spielt dann eine Rolle, wenn die Befristung im Zusammenhang mit einem Aufhebungsvertrag erfolgt, der eigentlich die Beendigung des Arbeitsverhältnisses regelt. Insbesondere, wenn der von den Parteien gewählte Beendigungszeitpunkt die ansonsten einzuhaltende Kündigungsfrist (um ein Vielfaches) überschreitet und es an den üblicherweise bei Beendigung des Arbeitsverhältnisses zu treffenden abschließenden Vereinbarungen zu den Ansprüchen des Arbeitnehmers fehlt[165], können auf diese Weise mit der Befristung kündigungsschutzrechtliche Vorschriften ausgehebelt werden. So schützt die arbeitsrechtliche Befristungskontrolle zwar nicht vor einvernehmlicher Beendigung des Arbeitsverhältnisses ohne sachlichen Grund, bewirkt aber Schutz vor Veränderung des Vertragsinhalts ohne sachlichen Grund.

---

[163] BAG v. 24.1.1996, AP Nr. 179 zu § 620 BGB Befristeter Arbeitsvertrag = BB 1996, S. 2042 (2043); zuletzt BAG v. 26.8.1998, AP Nr. 203 zu § 620 BGB Befristeter Arbeitsvertrag = BB 1999, S. 424 (424), siehe auch BAG v. 12.1.2000, AP Nr. 16 zu § 620 BGB Aufhebungsvertrag mit Anm. *ADAM* = BB 2000, S. 1197 (1198).

[164] BAG v. 25.4.2001, AP Nr. 10 zu § 1 BeschFG 1996 mit Anm. *Däubler* = NZA 2001, S. 1384 (1385 f.); BAG v. 12.1.2000 a.a.O..

[165] BAG v. 12.1.2000 a.a.O.; KR/*Lipke*, § 14 TzBfG Rdnr. 10; ähnlich Annuß/Thüsing/*Maschmann*, TzBfG § 14 Rdnr. 14.

cc) Analoge Anwendung auf das Qualifizierungsverhältnis

Nach dem Wortlaut in § 14 Abs. 1 TzBfG gilt die Befristungskontrolle nur für Arbeitsverhältnisse. Das Qualifizierungsverhältnis ist kein Arbeitsverhältnis, das auf fremdnützige Arbeit gerichtet ist, sondern ein Arbeitsverhältnis eigener Art, §§ 611, 311 Abs. 1 BGB. Da es auch auf Austausch von Leistung und Gegenleistung zwischen den Beteiligten gerichtet ist, gebietet es der Schutz der Arbeitnehmer, die Wertungsmaßstäbe der arbeitsrechtlichen Befristungskontrolle analog auf das Qualifizierungsverhältnis anzuwenden. Beide Fallkonstellationen sind vergleichbar: Der Arbeitgeber gibt dem Arbeitnehmer zu erkennen, dass er zu einer unbefristeten Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses nicht bereit ist, sodass dieser befürchtet, er könnte bei Ablehnung der angebotenen Befristung seinen Arbeitsplatz früher verlieren als bei Annahme des Angebots. Ganz ähnlich ist die Situation des Arbeitnehmers, dem der Arbeitgeber zu erkennen gibt, dass er sich aufgrund einer Personalanpassungsmaßnahme zu einer betriebsbedingten Kündigung gezwungen sieht, es sei denn, der Arbeitnehmer wechselt in ein befristetes Qualifizierungsverhältnis in die betriebsorganisatorisch eigenständige Einheit. Eine Befristung stellt sich in beiden Konstellationen für den Arbeitnehmer als (zunächst) gesicherte Verlängerung seines sonst gefährdeten Arbeitsverhältnisses dar. In erstgenannter Situation ist der Arbeitnehmer sogar noch schutzwürdiger, da die Befristung mit einer Änderung der Arbeitsbedingungen einhergeht. Das Arbeitsverhältnis im Produktions- bzw. Dienstleistungsbetrieb endet in jedem Falle; entweder durch Kündigung mit der Konsequenz Arbeitslosigkeit oder durch das befristete Qualifizierungsverhältnis mit Wechsel in die betriebsorganisatorisch eigenständige Einheit. Die Befristung ist folglich nicht die einzige nachteilige Änderung für den Arbeitnehmer, jedoch diejenige, die nach ihrem Ablauf den Verlust des Beschäftigungsverhältnisses zur Folge hat, ohne dass kündigungsschutzrechtliche Vorschriften beachtet werden müssen. Die Qualifizierungsverträge bedürfen daher der arbeitsrechtlichen Befristungskontrolle.

c) Ausnahme: Gesetzlicher Sonderkündigungsschutz

Eine Ausnahme könnte bei Abschluss des Änderungsvertrages mit gesetzlich besonders geschützten Personen gelten. So ist zwar trotz Kündigungsverboten (vgl.

§ 18 Abs. 1 Satz 2 BErzGG, § 9 Abs. 3 MuSchG, § 85 SGB IX, die alle Arten der Arbeitgeberkündigung, d.h. ordentliche wie außerordentliche, Änderungskündigungen, Kündigungen aus Anlass einer Betriebsstilllegung oder im Zuge von Massenentlassungen[166] erfassen) ein einvernehmlicher Aufhebungs- bzw. Änderungsvertrag[167] zulässig und müsste damit auch den Änderungsvertrag mit dem Inhalt einer befristeten Beschäftigung in der betriebsorganisatorisch eigenständigen Einheit erfassen. Indes bewirkt der Sonderkündigungsschutz, der eine Kündigung nach Normzwecken auf Ausnahmefälle beschränkt und von der Zustimmung (Ermessensentscheidung) der jeweils zuständigen Behörde abhängig macht, dass die Betroffenen – trotz Personalanpassungsmaßnahme – nicht i.S.d. § 17 SGB III von Arbeitslosigkeit bedroht sind. Damit lägen die Voraussetzungen nach § 216 b Abs. 4 Satz 1 Nr. 1 SGB III nicht vor. Sollen die betroffenen Arbeitnehmer Transfer-Kurzarbeitergeld beziehen, müssen sie daher die betriebsbedingte Kündigung abwarten, bevor sie den Qualifizierungsvertrag unterzeichnen.

d) Zwischenergebnis

Die Beschäftigung in einer internen betriebsorganisatorisch eigenständigen Einheit bedarf zu ihrer Befristung wegen § 14 Abs. 2 TzBfG eines sachlichen Grundes. Dieser ist regelmäßig dadurch gegeben, dass die Arbeitnehmer ohne Abschluss des Qualifizierungsvertrages arbeitslos würden.

2. Direktionsrecht, § 106 GewO

Die Versetzung in die betriebsorganisatorisch eigenständige Einheit könnte ohne Einvernehmen des Arbeitnehmers erfolgen, wenn als individualrechtliche Rechtsgrundlage für die Versetzung das Direktionsrecht ausreicht.

---

[166] *Meisel/Sowka*, § 9 MuSchG Rdnr. 78, § 18 BErzGG Rdnr. 3; *Buchner/Becker*, § 9 MuSchG Rdnr. 19, § 18 BErzGG Rdnr. 6; KR/*Pfeiffer*, § 9 MuSchG Rdnr. 74.

[167] *Bauer*, Aufhebungsverträge II. 4. Rdnr. 194 (MuSchG), Rdnr. 204 (BErzGG); Rdnr. 217 (SGB IX); *Buchner/Becker*, § 9 MuSchG Rdnr. 68 und § 18 BErzGG Rdnr. 6.

a) Vertraglicher Umfang des Direktionsrechts

Zunächst ist der vertragliche Umfang des Direktionsrechts festzulegen. Inwieweit der Arbeitgeber befugt ist, dem Arbeitnehmer eine andere als die bisher ausgeübte Tätigkeit kraft seines Direktionsrechts zuzuweisen, bestimmt sich nach dem Inhalt des jeweiligen Arbeitsvertrages[168]. Danach kann die Leistungspflicht des Arbeitnehmers hinsichtlich Tätigkeitsbereich oder Arbeitsort konkretisiert sein oder gemäß § 106 Satz 1 GewO ergänzend bestimmt werden. Das Direktionsrecht des Arbeitgebers auch kann durch sog. Umsetzungs- oder Versetzungsklauseln im Tarifvertrag erweitert sein. Der Arbeitgeber hat dann das Recht, den Arbeitnehmer einseitig mit einer anderen fachlichen Tätigkeit oder an einem anderen Ort zu beschäftigen. Mit Ausübung des Direktionsrechts ist der Arbeitnehmer verpflichtet, andere ihm zugewiesene zumutbare Arbeiten und Tätigkeiten zu übernehmen, obwohl die Änderung der Arbeitsbedingungen über die normale Schwankungsbreite der vom Arbeitnehmer konkret ausgeübten Tätigkeit hinausgeht. Bei Arbeitern und Angestellten des öffentlichen Dienstes ermöglicht § 12 Abs. 1 BAT (jetzt: TVöD) dem Arbeitgeber Versetzungen und Abordnungen unter Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses. Auch soweit das Direktionsrecht danach grundsätzlich besteht, darf es nur nach billigem Ermessen i.S.d. § 106 Satz 1 GewO (§ 315 Abs. 3 a.F.) BGB ausgeübt werden[169]. Es dürfte sich bei einem Wechsel in die betriebsorganisatorisch eigenständige Einheit danach unterscheiden, ob Arbeitnehmer als zukünftige Mitarbeiter oder Qualifizierungsnehmer betroffen sind.

aa) Mitarbeiter

Die in der betriebsorganisatorisch eigenständigen Einheit beschäftigten Mitarbeiter sind Arbeitnehmer der Einheit, ihr Beschäftigungsverhältnis bleibt ein Arbeitsverhältnis. Es sind dies Personalsachbearbeiter, Führungs- und Bildungspersonal für selbst durchgeführte Maßnahmen, Psychologen und andere Arbeitnehmer beschäftigt, die den arbeitstechnischen Zweck der Einheit verfolgen. Werden sie für

[168] St. Rspr., grundlegend bereits BAG v. 10.11.1955, AP Nr. 2 zu § 611 BGB Beschäftigungspflicht mit Anm. *A. Hueck* = BB 1956, S. 141 (141); BAG v. 11.6.1958, AP Nr. 2 zu § 611 BGB Direktionsrecht mit Anm. *A. Hueck* = DB 1958, S. 1186 (1186); *Preis*, Arbeitsvertrag S. 63 f. Rdnr. 27.

[169] St. Rspr. BAG v. 29.10.1997, AP Nr. 51 zu § 611 BGB Direktionsrecht = NZA 1998, S. 329 (329).

ihre Tätigkeit in der Einheit erstmals im Unternehmen eingestellt, kann der Arbeitsvertrag entsprechend formuliert werden. Ist jedoch eine Versetzung erforderlich, verbietet sich jede schematische Lösung. Die bisherigen Tätigkeitsbereiche sind mit denen innerhalb der Einheit zu vergleichen und anhand des jeweiligen Arbeitsvertrages individuell zu bestimmen, ob die Änderung vom Direktionsrecht gedeckt ist oder nicht. Inhaltlich können sich die Tätigkeiten der Mitarbeiter in der betriebsorganisatorisch eigenständigen Einheit von denen im Produktions-/ Dienstleistungsbetrieb unterscheiden. Es werden ausschließlich Qualifizierungs- und Weiterbildungsmaßnahmen koordiniert, Bewerbungen betreut, Persönlichkeitstraining durchgeführt und auf die Vermittlung der Qualifizierungsnehmer in den ersten Arbeitsmarkt hingewirkt. Entscheidend wird sein, ob die entsprechende Tätigkeit in der Einheit gleichwertig im Vergleich zu der zuvor ausgeübten ist, bspw. für EDV-Betreuer oder Personalsachbearbeiter.

Beispielhaft für ein weitreichendes Direktionsrecht sei hier auf § 12 Abs. 1 BAT hingewiesen, der dem Arbeitgeber für Arbeiter und Angestellte des öffentlichen Dienstes Versetzungen und Abordnungen unter Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses in Form der Zuweisung einer vorübergehenden Beschäftigung bei einer anderen Dienststelle desselben oder eines anderen Arbeitgebers[170] ermöglicht. Das umfangreiche Weisungsrecht ermöglicht eine Übertragung aller Tätigkeiten, sofern sie die Merkmale der für sie maßgebenden Vergütungsgruppe erfüllen. Soweit reichen die Tarifverträge der Privatwirtschaft (noch) nicht. Zu beachten ist, dass die Tätigkeit in der betriebsorganisatorisch eigenständigen Einheit in jedem Fall schon aufgrund der europarechtlichen Vorgaben eine erhebliche örtliche Änderung der Arbeitsbedingungen mit sich bringt.

bb) Zukünftige Qualifizierungsnehmer

Ob die zukünftigen Qualifizierungsnehmer durch Zuweisung der neuen Tätigkeit in die interne betriebsorganisatorisch eigenständige Einheit versetzt werden können, ist fraglich. Unabhängig davon, wie die Arbeitspflicht des Arbeitnehmers vertrag-

[170] Vgl. *v. Hoyningen-Huene/Linck*, KSchG § 2 Rdnr. 19; BAG v. 29.10.1997, AP Nr. 51 zu § 611 BGB Direktionsrecht = NZA 1998, S. 329 (330).

lich festgelegt ist, ob fachlich umschrieben, nach Berufsbild, anhand einer bestimmten Tätigkeit, nach dem Arbeitsort oder ob das Direktionsrecht durch tarifliche/einzelvertragliche Versetzungs- und Umsetzungsklauseln erweitert ist und auf diese Weise einen vielfältigen Einsatzbereich des Arbeitnehmers ermöglicht, besteht jede zugewiesene Tätigkeit in einer Arbeitsleistung. Das bisherige Arbeitsverhältnis bleibt aufrechterhalten und wird nur inhaltlich abgeändert. Dies gilt selbst dann, wenn der Arbeitnehmer als „Faktotum“ eingestellt wurde und das Direktionsrecht die Übertragung jeder erdenklichen Form einer Arbeitsleistung erlaubt. Die Tätigkeit der Qualifizierungsnehmer besteht indes, wie bereits dargestellt, nicht in der Arbeitsleistung im ursprünglichen Sinne, sondern in der Wahrnehmung von Weiterbildungs- und Qualifizierungsangeboten. Es handelt sich somit eine qualitative Änderung der Tätigkeitsbereiche. Der Arbeitnehmer muss aus dem bisherigen Betrieb ausscheiden und stellt seine originäre Arbeitsleistung vollständig ein. Damit wird in den Kernbereich des Arbeitsverhältnisses eingegriffen. Auch tarif- und einzelvertraglich begründete Leistungsbestimmungsrechte dürfen nicht zur Umgehung oder Ausschaltung zwingender Kündigungsschutzbestimmungen führen, die zugleich einen Schutz vor Änderungen der Arbeitsbedingungen führen[171]. Folglich kann die Versetzung zukünftiger Qualifizierungsnehmer in die interne betriebsorganisatorisch eigenständige Einheit ihre Rechtsgrundlage nicht im arbeitsvertraglichen Direktionsrecht finden[172].

cc) Versetzungsgeschützte Arbeitnehmer

Einschränkungen können für Arbeitnehmer bestehen, die als zukünftige Mitarbeiter der Einheit zwar aufgrund Direktionsrechts oder ihrer Einwilligung in die betriebsorganisatorisch eigenständige Einheit versetzt werden sollen, jedoch aufgrund Gesetz oder kollektivrechtlicher Vereinbarung vor Versetzung geschützt sind[173]. Darunter fallen Betriebsratsmitglieder sowie schwerbehinderte Menschen.

[171] Zu den tariflich geregelten Reichweite des Direktionsrechts bei Versetzungen in eine Beschäftigungs- und Qualifizierungsgesellschaft LAG Brandenburg v. 30.6.2005, BB 2005, S. 2017 (2019), n.rkr.; derzeit anhängig beim BAG unter Az.: 9 AZR 490/05.
[172] Ebenso jüngst *Stück*, MDR 2005, S. 361 (362).
[173] BAG v. 20.12.1984, AP Nr. 27 zu § 611 BGB Direktionsrecht = BB 1985, S. 1853 (1854).

(1) Betriebsratsmitglieder

Betriebsratsmitglieder sind wegen § 78 BetrVG vor beeinträchtigenden Versetzungen geschützt. Danach dürfen Arbeitnehmer in Mitarbeitervertretungsgremien in der Ausübung ihrer Tätigkeit nicht gestört oder behindert, benachteiligt oder begünstigt werden. Bei einer dauerhaften Versetzung in einen anderen Betrieb des Unternehmens würden die Betriebsratsmitglieder aus dem bisherigen Betrieb ausscheiden und das aktive sowie passive Wahlrecht verlieren, wodurch ihre Mitgliedschaft im Betriebsrat kraft Gesetzes erlischt, § 24 Nr. 4 BetrVG. Eine vorübergehende Abwesenheit des Betriebsratsmitglieds, bspw. durch Abordnung, schadet nicht; entscheidend ist die Betriebszugehörigkeit zum (bisherigen) Betrieb[174]. Solange die Betriebsratsmitglieder in einem Arbeitsverhältnis zum Betriebsinhaber stehen und tatsächlich in dessen Betriebsorganisation eingegliedert sind, wird ihre Mitgliedschaft im Betriebsrat von einer vorübergehenden Abordnung nicht berührt[175]. Sollen Betriebsratsmitglieder als Mitarbeiter in die interne betriebsorganisatorisch eigenständige Einheit abgeordnet werden und steht bei Einrichtung der Einheit bereits fest, dass sie nach Schließung der Einheit wieder in ihrem bisherigen Betrieb beschäftigt werden, ist von entscheidender Bedeutung, ob diese Dauer der Beschäftigung in der Einheit (längstens 12 Monate) noch eine vorübergehende Versetzung darstellt.

Die Regelung des § 24 Nr. 4 BetrVG lässt offen, wann der Verlust der Wählbarkeit eintritt; auch §§ 7, 8 BetrVG ist nicht zu entnehmen, ab welchem Zeitpunkt die Abordnung zum Verlust des Betriebsratsmandats führt. Neben einem Arbeitsverhältnis zum Betriebsinhaber und der Eingliederung in den Stammbetrieb, kommt es entscheidend darauf an, ob das Betriebsratsmitglied aufgrund seiner Versetzung in die betriebsorganisatorisch eigenständige Einheit seiner Betriebsratstätigkeit im Stammbetrieb noch ordnungsgemäß nachkommen kann. Dafür müsste weiterhin Kontakt zu den dortigen Arbeitnehmern bestehen, um auf die betrieblichen Verhältnisse und Probleme einwirken zu können. Eine Einflussmöglichkeit besteht mit einer Versetzung in die betriebsorganisatorisch eigenständige Einheit

[174] BAG v. 18.1.1989, AP Nr. 1 zu § 9 BetrVG 1972 = BB 1989, S. 1406 (1406).
[175] *Fitting*, BetrVG § 24 Rdnr. 34; GK-BetrVG/*Oetker*, § 24 Rdnr. 39; Richardi/*Thüsing*, BetrVG § 24 Rdnr. 21; DKK/*Buschmann*, BetrVG § 24 Rdnr. 28; ErfK/*Eisemann*, § 24 BetrVG Rdnr. 8.

in der Regel nicht mehr. Die Einheit ist räumlich und organisatorisch von sämtlichen Produktionsbetrieben des Unternehmens getrennt.

Für die Mitarbeiter der betriebsorganisatorisch eigenständigen Einheit erfolgt eine Eingliederung in die dortige arbeitstechnische Zwecksetzung; die Qualifizierungsnehmer werden weitergebildet und in den ersten Arbeitsmarkt vermittelt. Das Betriebsratsmitglied unterliegt grundsätzlich dem Weisungsrecht der Personalleitung der Einheit. Von einer kurzen Abordnung, die nicht zum Verlust der Wählbarkeit und damit des Betriebsratsstatus führt, kann allenfalls die Rede sein, wenn das Betriebsratsmitglied beim Aufbau der betriebsorganisatorisch eigenständigen Einheit mithilft, bspw. durch Einrichtung des Verwaltungsapparates, Ausstattung der Räumlichkeiten oder Koordinierung der Einheit in der Anfangsphase, somit bei einer – im Einzelfall unschädlichen kurzen Überschreitung dieser – Dauer von längstens 1 Monat. Bei dieser Tätigkeit ist der Arbeitnehmer zwar kurzzeitig in die betriebsorganisatorisch eigenständige Einheit eingegliedert, unterliegt jedoch dem Weisungsrecht des Stammbetriebes, dessen Betriebszweck die Einrichtung der Einheit (auch) dient, wenn gerade dort die Personalabbaumaßnahme vorgenommen wurde. Selbst wenn Betriebsratsmitglieder aus nicht von Entlassungen betroffenen Betrieben des Unternehmens in die Einheit abgeordnet werden, kommt es allein darauf an, die Auslastung des Stammbetriebes durch Sicherung der eigenen Beschäftigungsstruktur zu erreichen. Somit besteht auch für andere Betriebe des Unternehmens ein eigenes Interesse am Betriebszweck der Einheit. Die Mitarbeiter stehen zwar nicht in einem Arbeitsverhältnis zum „Inhaber der betriebsorganisatorisch eigenständigen Einheit“, dies beruht indes auf der Sonderstellung, die die Einheit im Unternehmen einnimmt. Da sie von vornherein absehbar nur einen vorübergehenden Zweck erfüllt und nach längstens 12 Monaten geschlossen wird, können die bisherigen Arbeitsverträge ausnahmsweise den betrieblichen Bedürfnissen entsprechend eine inhaltliche Ergänzung für die Beschäftigung in der Einheit erhalten. In jedem Fall müssen jedoch die Konsequenzen einer zeitlich längeren Versetzung der Betriebsratsmitgliedern beachtet werden.

Nicht vergleichbar ist die Situation der Arbeitnehmer der betriebsorganisatorisch eigenständigen Einheit mit der von Leiharbeitnehmern, die das aktive Wahlrecht erhalten, wenn sie zur Arbeitsleistung überlassen und länger als 3 Monate im Be-

trieb eingesetzt werden, § 7 Satz 2 BetrVG. Damit soll einer Erosion der Stammbelegschaft, die negative Auswirkungen auf die Betriebsverfassung hat, entgegengewirkt werden[176]. Dort geht es um eine Zuständigkeit des Betriebsrats für solche Arbeitnehmer, die zwar in den Betrieb des Entleihers eingegliedert sind, jedoch nicht in einem Arbeitsverhältnis zum Inhaber stehen. Bei versetzten Betriebsratsmitgliedern besteht indes kein Zuständigkeitsdefizit; es besteht entweder für den Stammbetrieb oder geht verlustig. In der betriebsorganisatorisch eigenständigen Einheit kann eine eigene Mitarbeitervertretung gewählt werden. Folglich führt die Abordnung eines Betriebsratsmitglieds, welcher für länger als 1 Monat in die betriebsorganisatorisch eigenständige Einheit versetzt wird, zum Verlust des Betriebsratsmandats. Dadurch wird die Versetzung trotz § 78 BetrVG nicht unwirksam, erfordert jedoch eventuell eine besondere Zustimmung des Betriebsrats.

(2) Schwerbehinderte Menschen

Gegenüber schwerbehinderten Menschen ist das Direktionsrecht durch § 81 Abs. 4 Satz 1 Nr. 1 SGB IX eingeschränkt. Der Arbeitgeber muss bei dessen Ausübung dem schwerbehinderten Menschen eine Beschäftigung zuweisen, bei der er seine Fähigkeiten und Kenntnisse voll verwerten und weiterentwickeln kann. Eine inhaltliche Einschränkung kann das Direktionsrecht für eine Versetzung als Mitarbeiter in die betriebsorganisatorisch eigenständige Einheit auf betrieblicher Ebene durch Auswahlrichtlinien i.S.v. § 95 Abs. 1, Abs. 2 BetrVG erfahren[177]. Wird hiergegen durch das Direktionsrecht verstoßen, ist eine Versetzung individualrechtlich dennoch wirksam; Auswirkungen ergeben sich aus betriebsverfassungsrechtlicher Sicht.

b) Zwischenergebnis

Ob Arbeitnehmer durch Ausübung des Direktionsrechts als Mitarbeiter in die betriebsorganisatorisch eigenständige Einheit versetzt werden können, bestimmt sich nach dem Arbeitsvertrag einschließlich möglicher Versetzungsklauseln und

[176] *Fitting*, BetrVG § 7 Rdnr. 37.
[177] *V. Hoyningen-Huene/Boemke*, S. 95 f..

ist im Einzelfall zu entscheiden. Betriebsratsmitglieder können bei der Versetzung ihr Mandat verlieren; schwerbehinderte Menschen bedürfen einer den jeweiligen Fähigkeiten entsprechenden Tätigkeit in der Einheit. Für zukünftige Qualifizierungsnehmer scheidet das Direktionsrecht insbesondere wegen der qualitativen Veränderung der bisherigen Tätigkeit als Rechtsgrundlage für die Versetzung aus.

3. Betriebsbedingte (Massen-) Änderungskündigung, § 2 KSchG

Zukünftige Qualifizierungsnehmer können nicht durch Ausübung des Direktionsrechts in die interne betriebsorganisatorisch eigenständige Einheit versetzt werden, s.o. **II. 2. a) bb)**. Schließen sie keinen Änderungsvertrag, könnte als Rechtsgrundlage einer Versetzung möglicherweise ebenso wie bei Mitarbeitern, deren Versetzung mittels Direktionsrecht die Ausgestaltung des Arbeitsvertrages entgegensteht, eine Änderungskündigung gemäß § 2 KSchG in Betracht kommen. Erreicht die Personalanpassungsmaßnahme zahlenmäßig einen gewissen Umfang im Verhältnis zur Betriebsgröße, könnten die Änderungskündigungen, wenn sie denn zu einer Beendigung des Arbeitsverhältnisses und nicht zu einem Wechsel in die betriebsorganisatorisch eigenständige Einheit führen, als Folge die Anzeigepflicht nach § 17 KSchG auslösen.

a) Erforderliche Beachtung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes

Bevor der Arbeitgeber sich entschließt, die unternehmerische Entscheidung der Personalanpassungsmaßnahme mittels Beendigungskündigung umzusetzen, müsste er möglicherweise zuvor zur Wahrung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes eine Änderungskündigung gemäß § 2 KSchG aussprechen, mit der er dem Arbeitnehmer anbietet, in ein Qualifizierungsverhältnis in die betriebsorganisatorisch eigenständige Einheit zu wechseln. Da im Kündigungsrecht das Ultima-ratio-Prinzip gilt, hat der Arbeitgeber grundsätzlich zu versuchen, sowohl die Beendigungskündigung[178] als auch die Änderungskündigung [179] durch andere geeignete

[178] BAG v. 22.2.1980, AP Nr. 6 zu § 1 KSchG 1969 Krankheit mit Anm. *G. Hueck* = BB 1980, S. 938 (939); Schaub/*Linck*, ArbR-Hdb. § 128 Rdnr. 24.

[179] BAG v. 23.6.2005, BB 2006, S. 159 (163) = NZA 2006, S. 92 (95 f.); zuvor bereits *v.Hoyningen-Huene/Linck*: KSchG § 2 Rdnr. 32a ff..

Maßnahmen zu vermeiden. Der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz wird für die betriebsbedingte Kündigung durch das Merkmal der „Dringlichkeit“ der betrieblichen Erfordernisse in § 1 Abs. 2 Satz 1 KSchG konkretisiert und verlangt, dass der Arbeitgeber dem Arbeitnehmer vor jeder ordentlichen Beendigungskündigung bspw. durch Änderungskündigung[180] und vor jeder Änderungskündigung bspw. durch Ausübung des Direktionsrechts, eine beiden Parteien zumutbare Weiterbeschäftigung auf einem freien Arbeitsplatz zu geänderten (auch ungünstigeren) Bedingungen anbieten muss. Bei einer betriebsbedingten Änderungskündigung ist zunächst das Änderungsangebot des Arbeitgebers daran zu messen, ob dringende betriebliche Erfordernisse gemäß § 1 Abs. 2 KSchG das Änderungsangebot bedingen und ob der Arbeitgeber sich bei einem an sich anerkennenswerten Anlass zur Änderungskündigung darauf beschränkt hat, nur solche Änderungen vorzuschlagen, die der Arbeitnehmer billigerweise hinnehmen muss[181]. Ferner darf die Änderung der Arbeitsbedingungen nicht durch Ausübung des Direktionsrechts möglich sein. Denn damit würde, da das Arbeitsverhältnis fortbesteht und nicht der Arbeitnehmer durch Erhebung einer Kündigungsschutzklage die Beendigung verhindern muss, in wesentlich geringerem Maß in das Arbeitsverhältnis eingegriffen.

Soll im Rahmen der Personalanpassungsmaßnahme eine betriebsorganisatorisch eigenständige Einheit eingerichtet werden, sind hierfür gravierende wirtschaftliche Faktoren verantwortlich, die zum Wegfall zahlreicher Arbeitsplätze geführt haben. Betriebsbedingte Entlassungen sind unvermeidbar, wenn nicht die Beschäftigung in der Einheit wahrgenommen wird. Eine Beschäftigung als Qualifizierungsnehmer bzw. als Mitarbeiter und Arbeitnehmer der Einheit könnte daher eine angemessene Änderung der Arbeitsbedingungen sein. Der Arbeitgeber käme im Rahmen der sozialen Rechtfertigung der Vertragsänderung seiner Weiterbeschäftigungspflicht

[180] Seit BAG v. 27.9.1984, AP Nr. 8 zu § 2 KSchG 1969 = NZA 1985, S. 455 (456) muss der Arbeitgeber eine Weiterbeschäftigung zu ungünstigeren Bedingungen mit der Änderungskündigung anbieten, zuvor hatte der Arbeitnehmer vor oder in unmittelbarem Anschluss an eine (Beendigungs-) Kündigung eine entsprechende Bereitschaft verlautbaren müssen; BAG v. 29.3.1990, AP Nr. 50 zu § 1 KSchG 1969 Betriebsbedingte Kündigung = NJW 1991, S. 587 (589).

[181] St. Rspr., BAG v. 16.05.2002, AP Nr. 69 zu § 2 KSchG 1969 = NZA 2003, S. 147 (148); BAG v. 23.11.2000, AP Nr. 63 zu § 2 KSchG 1969 = NZA 2001, S. 500 (502); BAG v. 24.4.1997, AP Nr. 42 zu § 2 KSchG 1969 = BB 1997, S. 1950 (1951); zur betriebsbedingten Änderungskündigung im öffentlichen Dienst BAG v. 18.11.1999, AP Nr. 55 zu § 2 KSchG 1969 mit Anm. *Feudner* = NZA 2000, S. 484 (485).

auf einem freien Arbeitsplatz (die unternehmens- und nicht nur betriebsbezogen gilt) in ausreichendem Maße nach, wenn er ein Qualifizierungsverhältnis oder (für Mitarbeiter) ein Arbeitsverhältnis in der betriebsorganisatorisch eigenständigen Einheit zu geänderten, wenn auch verschlechterten Bedingungen anbietet.

b) Inhalt der Änderungskündigung

Welchen Inhalt die Änderungskündigung nach § 2 KSchG haben müsste, hinge in erster Linie davon ab, ob der betroffene Arbeitnehmer in der betriebsorganisatorisch eigenständigen Einheit als Qualifizierungsnehmer oder als Mitarbeiter beschäftigt werden soll. Der Arbeitgeber kann eine unbedingte Kündigung erklären und daneben die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses zu geänderten Bedingungen anbieten. Er kann auch eine bedingte Kündigung aussprechen, wobei die Bedingung in der Ablehnung des Änderungsangebotes durch den Arbeitnehmer liegt (zulässige Potestativbedingung)[182], da der Eintritt der Bedingung ausschließlich vom Willen des Kündigungsempfängers abhängt. Lehnt der Arbeitnehmer das (neue) Angebot ab, wäre im Rahmen der Prüfung der sozialen Rechtfertigung der Kündigung nach § 1 Abs. 2 KSchG das Änderungsangebot zu berücksichtigen[183].
Die Änderung des Arbeitsverhältnisses in ein Qualifizierungsverhältnis oder in ein Arbeitsverhältnis als Mitarbeiter in der Einheit käme zustande und stünde dem Änderungsvertrag gleich[184], wenn der Arbeitnehmer sich vorbehaltlos mit den neuen Arbeitsbedingungen einverstanden erklärt. Erklärt der Arbeitnehmer jedoch den Vorbehalt, besteht das Arbeitsverhältnis auflösend bedingt zu den geänderten Bedingungen fort, bis die fehlende soziale Rechtfertigung der Änderungskündigung gemäß §§ 2, 1 KSchG rechtskräftig festgestellt ist[185]. Wird die Kündigungsschutzklage abgewiesen, fällt die auflösende Bedingung weg; die Änderung des

[182] BAG v. 27.9.2001, AP Nr. 40 zu § 4 TVG Nachwirkung = BB 2002, S. 1914 (1916); BAG v. 10.11.1994, AP Nr. 24 zu § 9 KSchG = NJW 1995, S. 1981 (1982); vgl. schon BAG v. 27.6.1968, AP Nr. 1 zu § 626 BGB Bedingung mit zust. Anm. *A. Hueck* = NJW 1968, S. 2078 (2078); *v. Hoyningen-Huene/Linck*, KSchG § 2 Rdnr. 10.

[183] BAG v. 19.5.1993, AP Nr. 31 zu § 2 KSchG 1969 = BB 1993, S. 2020 (2022); BAG v. 15.3.1991, AP Nr. 28 zu § 2 KSchG 1969 = NZA 1992, S. 120 (121); *v. Hoyningen-Huene/Linck*, KSchG § 2 Rdnr. 54/57 ff.; *Hromadka*, NZA 1996, S. 1 (11); KR/*Rost*, § 2 KSchG Rdnr. 92; APS/*Künzl*, KSchR § 2 KSchG Rdnr. 182.

[184] BAG v. 27.9.2001, AP Nr. 40 zu § 4 TVG Nachwirkung = BB 2002, S. 1914 (1916).

[185] BAG v. 24.3.2004, AP Nr. 22 zu § 3 EFZG; BAG v. 27.9.1984, AP Nr. 8 zu § 2 KSchG 1969 = NZA 1985, S. 455 (458); Schaub/*Linck*, ArbR-Hdb. § 137 Rdnr. 17; *v. Hoyningen-Huene/Boemke*, S. 78.

Arbeitsvertrages ist endgültig wirksam. Dann liegt gleichfalls eine übereinstimmende Vereinbarung hinsichtlich der geänderten Arbeitsbedingungen vor.

c) Soziale Rechtfertigung der Änderungskündigung bei Beschäftigung in der betriebsorganisatorisch eigenständigen Einheit

Die Kündigung mit dem Angebot eines Wechsels in die betriebsorganisatorisch eigenständige Einheit müsste sozial gerechtfertigt sein, vgl. § 2 KSchG mit Verweis auf § 1 Abs. 2 Satz 1 bis 3, Abs. 3 Satz 1, 2 KSchG. Die Sozialwidrigkeit der Änderungskündigung beurteilt sich nicht anhand der Beendigung des Arbeitsverhältnisses, sondern anhand der dem Arbeitnehmer angebotenen Veränderung der Arbeitbedingungen. Es ändert sich folglich der Prüfungsmaßstab[186]. An die soziale Rechtfertigung der Änderung des Arbeitsvertrages sind geringere Anforderungen zu stellen als an seine Beendigung.

aa) Änderung des unbefristeten Arbeitsverhältnisses in ein befristetes Arbeitsverhältnis oder Arbeitsverhältnis eigener Art

Beim Wechsel in die betriebsorganisatorisch eigenständige Einheit wird das ursprünglich unbefristete Arbeitsverhältnis in ein befristetes Arbeitsverhältnis bzw. Arbeitsverhältnis eigener Art geändert. Nach § 2 KSchG i.V.m. § 1 Abs. 2 Satz 1 bis 3, Abs. 3 Satz 1, 2 KSchG muss diese Änderung sozial gerechtfertigt sein[187], d.h. die Umstellung der Arbeitsbedingung unbefristetes Rechtsverhältnis in ein befristetes Rechtsverhältnis. Quasi als Vorfrage fließt dann in die Prüfung der sozialen Rechtfertigung der Änderung ein, ob die Befristung als solche durch sachliche Gründe gedeckt ist[188]. Andernfalls müsste der Arbeitnehmer die Änderung, also die Umstellung auf die Befristung, billigerweise nicht hinnehmen. Die Änderung der Arbeitsbedingungen ist dann sozialwidrig im Sinne von §§ 1, 2 KSchG. Selbst wenn die Befristung als solche sachlich gerechtfertigt ist, kann die Änderung auch

[186] *V. Hoyningen-Huene/Boemke*, S. 80.
[187] Vgl. BAG v. 25.4.1996, AP Nr.78 zu § 1 KSchG 1969 Personenbedingte Kündigung = NJW 1997, S. 1524 (1525).
[188] Vgl. zur nachträglichen Befristung eines unbefristeten Arbeitsvertrages BAG v. 24.1.1996, AP Nr. 179 zu § 620 BGB Befristeter Arbeitsvertrag = BB 1996, S. 2042 (2042 f.); BAG v. 25.4.1996, AP Nr. 78 zu § 1 KSchG 1969 Personenbedingte Kündigung = NJW 1997, S. 1524 (1525); BAG v. 8.7.1998, AP Nr. 201 zu § 620 BGB Befristeter Arbeitsvertrag = BB 1998, S. 2582 (2582 f.).

aus anderen Gründen sozialwidrig sein, z.B. wenn die soziale Auswahl gemäß § 1 Abs. 3 KSchG fehlerhaft erfolgt ist.

bb) Zumutbarkeit der Weiterbeschäftigung für Mitarbeiter, § 1 Abs. 2 Satz 3 2. HS i.V.m. § 1 Abs. 2 Satz 2 Nr. 1 b KSchG

Für vom Personalabbau betroffene Arbeitnehmer, denen mit der Änderungskündigung eine Beschäftigung als Mitarbeiter der internen Einheit angeboten wird, könnte das Arbeitsverhältnis dort regelmäßig eine zumutbare Weiterbeschäftigung darstellen. Selbst wenn man inhaltlich in der Tätigkeit für Qualifizierungsnehmer, die ausschließlich auf deren Qualifizierung und Vermittlung gerichtet ist, schlechtere Arbeitsbedingungen sieht, führen diese Änderungen nicht zu einem solch qualitativen Unterschied, dass sie nicht als zumutbare Weiterbeschäftigung angesehen werden können. Auch die funktionale oder räumliche Änderung des Arbeitsverhältnisses in der betriebesorganisatorisch eigenständigen Einheit ist zumutbar.

cc) Zumutbarkeit der Weiterbeschäftigung für Qualifizierungsnehmer, § 1 Abs. 2 Satz 3 2. HS i.V.m. § 1 Abs. 2 Satz 2 Nr. 1 b KSchG.

Problematisch ist, ob die Beschäftigung als Qualifizierungsnehmer in der betriebsorganisatorisch eigenständigen Einheit eine zumutbare Weiterbeschäftigung i.S.d. § 1 Abs. 2 Satz 3 2. HS i.V.m. § 1 Abs. 2 Satz 2 Nr. 1 b KSchG ist. Die Kündigung ist sozialwidrig, wenn der Arbeitgeber sich bei einem an sich anerkennenswerten Anlass nicht darauf beschränkt, lediglich solche Änderungen vorzuschlagen, die der Arbeitnehmer billigerweise hinnehmen muss[189]. Eine objektive anderweitige Beschäftigungsmöglichkeit bezieht sich auf freie Arbeitsplätze des Unternehmens und ist von der Weiterbeschäftigungsmöglichkeit im Rahmen der Sozialauswahl zu unterscheiden. Häufig wird die Frage unter dem Blickwinkel der Zumutbarkeit erörtert[190]. Die Zumutbarkeitsregelungen des § 121 SGB III sind

[189] St. Rspr. des BAG, vgl. FN 181.
[190] Vgl. Hinweise bei MünchArbR/*Berkowsky*, § 140 Rdnr. 35.

nicht maßgebend[191]; sie verfolgen ein völlig anderes Regelungsziel als § 2 KSchG. § 121 SGB III beurteilt die Zumutbarkeit einer Beschäftigung für einen Arbeitslosen nach seiner Arbeitsfähigkeit. Dabei findet verstärkt der Umstand Berücksichtigung, dass durch Lohnersatzleistungen die Allgemeinheit der Beitragszahler belastet wird. Folglich sind an die Zumutbarkeit einer Tätigkeit für den Einzelnen geringe Anforderungen zu stellen. Unzumutbar ist nach einer – in diesem Punkt abzulehnenden – Entscheidung des *BAG*[192] eine Weiterbeschäftigungsmöglichkeit, wenn die neue Tätigkeit eine erheblich geringere Qualifikation erfordert und auch entsprechend niedriger vergütet wird als die bisher ausgeübte. Es kann auch keine Vergleichbarkeit mit § 112 Abs. 5 Satz 2 Nr. 2 BetrVG zu Leistungen aus dem Sozialplan angenommen werden. Im Rahmen des Kündigungsrechts ist maßgeblich, ob sich der betroffene Arbeitnehmer anstelle der sonst fälligen Beendigungskündigung die geänderten Arbeitsumstände zumuten will. Letztlich ist das persönliche Empfinden des Arbeitnehmers entscheidend, welches Anforderungsprofil des Arbeitsplatzes für ihn noch zumutbar ist. Eine pauschale Festlegung ist nicht interessengerecht.

Zu berücksichtigen ist ferner, dass mit Abschluss des Qualifizierungsvertrages die Qualifizierungsnehmer nicht mehr zu einer Arbeitsleistung im ursprünglichen Sinne verpflichtet sind. Demgegenüber sollen durch eine Änderungskündigung Arbeitsbedingungen abgeändert werden. Von ihrer Zielrichtung her ist die Änderungskündigung eigentlich auf die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses zu geänderten Bedingungen gerichtet[193]. Im Vordergrund steht nicht der Bestandsschutz des Arbeitsverhältnisses, sondern der Vertragsinhaltsschutz[194]. Die Bestimmungen, die Grundlage der Versetzung in die betriebsorganisatorisch eigenständige Einheit sind, ändern die ursprünglichen Arbeitsbedingungen nicht nur ab, sondern heben sie durch Einführung von Kurzarbeit „Null“ vollständig auf und ersetzen sie durch die neuen, in der betriebsorganisatorisch eigenständigen Einheit bestehen-

[191] GK-BetrVG/*Oetker*, §§ 112, 112 a Rdnr. 335 f.; ErfK/*Kania*, §§ 112, 112 a BetrVG Rdnr. 34; a.A. HSWG/*Hess*, BetrVG § 112 Rdnr. 159.
[192] BAG v. 27.9.1984, AP Nr. 8 zu § 2 KSchG 1969 = NZA 1985, S. 455 (457).
[193] BAG v. 10.2.1999, AP Nr. 52 zu § 2 KSchG 1969 = BB 1999, S. 1063 (1064); *Richardi*, DB 1974, S. 1285 (1285), *v. Hoyningen-Huene/Boemke*, S. 76.
[194] BAG v. 26.1.1995, AP Nr. 36 zu § 2 KSchG 1969 = NZA 1995, S. 626 (627); BAG v. 19.5.1993, AP Nr. 31 zu § 2 KSchG 1969 = BB 1993, S. 2020 (2021); HK-KSchG/*Weller/Hauck*, § 2 Rdnr. 2, *v. Hoyningen-Huene/Linck*, KSchG § 2 Rdnr. 2.

den Arbeitsbedingungen der Qualifizierung und Bewerbung. Das Tätigwerden der Qualifizierungsnehmer ist im Verhältnis zur bisherigen Arbeitsleistung ein aliud, vgl. oben **§ 3 II. 4.**. Die Änderung der Arbeitsbedingungen in ein Qualifizierungsverhältnis in der betriebsorganisatorisch eigenständigen Einheit ist im Grunde die Beendigung des Arbeitsverhältnisses verbunden mit dem Angebot eines Qualifizierungsverhältnisses, das inhaltlich so stark vom bisherigen Arbeitsverhältnis abweicht, dass sein Kerninhalt angetastet wird und nicht mehr als Fortsetzung desselben angesehen werden kann. Die neue Beschäftigung ist keine Änderung, die der Arbeitnehmer billigerweise hinnehmen muss – im Gegenzug aber auch nicht hinnehmen kann. Sie ist keine Beschäftigung zu verschlechterten Arbeitsbedingungen, vielmehr fehlen die bisherigen gänzlich. Damit ist das Qualifizierungsverhältnis in der betriebsorganisatorisch eigenständigen Einheit keine zumutbare Weiterbeschäftigung auf einem anderen „Arbeitsplatz“ im Betrieb/Unternehmen[195].

d) Sonderfall: außerordentliche Änderungskündigung, § 2 KSchG analog

Für Arbeitnehmer und zukünftige Mitarbeiter der internen betriebsorganisatorisch eigenständigen Einheit, denen aufgrund gesetzlichen Sonderkündigungsschutzes nicht ordentlich gekündigt werden kann, käme eine außerordentliche Änderungskündigung entsprechend § 2 KSchG in Betracht. Problematisiert werden soll diese ausschließlich als Rechtsgrundlage für die Versetzung von Betriebsratsmitgliedern als zukünftige Mitarbeiter der internen Einheit; bei Qualifizierungsnehmern ist die Änderungskündigung nicht möglich, s.o.. Die Versetzung von Betriebsratsmitgliedern hat die weitreichendsten Folgen (Verlust des Betriebsratsmandats nach Ausscheiden aus dem Betrieb) und ist beim Personalabbau der häufigste Fall von unter Sonderkündigungsschutz stehenden Arbeitnehmern. Die Problematik betrifft aber auch tarifvertraglich oder einzelvertraglich unkündbare Arbeitnehmer, die nicht mittels Direktionsrecht als Mitarbeiter in die betriebsorganisatorisch eigenständige Einheit versetzt werden können, sondern ausschließlich durch Änderungsvertrag/-kündigung. Bei diesen Arbeitnehmern bezieht sich der Sonderkündigungsschutz nicht nur auf die (ordentliche) Beendigungs-, sondern auch auf die

[195] Ohne Differenzierung a.A. *Bertzbach*, FS für *Hanau* S. 173 (184).

(ordentliche) Änderungskündigung[196]. Da das Ultima-ratio-Prinzip gebietet, vor Ausspruch einer Beendigungskündigung eine Änderungskündigung vorzunehmen und diesen Arbeitnehmern wegen eines besonderen Bestandsschutzinteresses nur durch außerordentliche Kündigung gekündigt werden kann, ist folglich vor einer solchen Beendigungskündigung zunächst eine außerordentliche Änderungskündigung auszusprechen. § 2 KSchG ist auf die außerordentliche Änderungskündigung entsprechend anzuwenden[197]. Eine solche Kündigung kommt vor allem gegenüber dem in § 15 Abs. 1, Abs. 2 KSchG genannten und sonstigen vor ordentlicher Kündigung geschützten Personenkreisen in Betracht.

aa) Wichtiger Grund i.S.d. § 626 Abs. 1 BGB

Bei einer außerordentlichen Änderungskündigung müssen die alsbaldige Änderung der Arbeitsbedingungen für den Arbeitgeber unabweisbar notwendig und die neuen Arbeitsbedingungen dem Arbeitnehmer zumutbar sein[198]. Insoweit gelten keine Besonderheiten gegenüber der ordentlichen Änderungskündigung nach § 2 KSchG bzw. gegenüber der außerordentlichen Kündigung nach § 626 Abs. 1 BGB, beide Komponenten müssen kumulativ vorliegen. Die unternehmerische Entscheidung – strukturelle personelle Veränderungen aufgrund betrieblicher Erfordernisse – ist an sich geeignet, einen wichtigen Grund für eine außerordentliche Änderungskündigung darzustellen, wie dies bereits für die Beendigungskündigung anerkannt ist. Die Anforderungen an eine derartige Änderungskündigung sind nicht geringer anzusetzen als die Anforderungen an eine Beendigungskündigung. Der Wegfall der Beschäftigungsmöglichkeit ist wichtiger Grund i.S.v. § 626 Abs. 1 BGB, wenn angesichts der erheblichen weiteren Bindungsdauer dem Arbeitgeber die Weiterbeschäftigung des Arbeitnehmers zu unveränderten Arbeitsbedingungen unzumutbar wird, die Interessenabwägung ergibt, dass der soziale Besitzstand des Arbeitnehmers nicht geeignet ist, das inhaltsleere Arbeitsverhält-

[196] BAG v. 12.8.1976, AP Nr. 2 zu § 15 KSchG 1969 mit Anm. *G. Hueck* = BB 1976, S. 1415 (1415 Ls./1416) für den gesetzlichen Sonderkündigungsschutz eines Wahlvorstandes nach § 15 Abs. 3 Satz 1 KSchG, auch wenn im Betrieb noch kein Betriebsrat besteht; so auch KR/*Etzel*, § 15 KSchG Rdnr. 17; *Boemke-Albrecht*, BB 1991, S. 541 (541).

[197] H.M., vgl. BAG v. 21.06.1995, AP Nr. 36 zu § 15 KSchG 1969 mit krit. Anm. *Preis* = BB 1995, S. 2113 (2115).

[198] *V. Hoyningen-Huene/Linck*, KSchG § 15 Rdnr. 92; KR/*Etzel*, § 15 KSchG Rdnr. 21a.

nis aufrechtzuerhalten[199] und statt einer Änderungskündigung auch eine Beendigungskündigung tatsächlich unumgänglich und sozial gerechtfertigt wäre[200]. Da der wichtige Grund die Kündigung eines Betriebsratsmitglieds nach sich zieht, sind auch die kollektiven Interessen der Belegschaft an der Erhaltung ihrer Vertretung umfassend zu berücksichtigen.

bb) Interessenabwägung

Als Besonderheit der außerordentlichen Kündigung gegenüber einem durch § 15 KSchG geschützten Arbeitnehmer ist die Zumutbarkeit für die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses zu unveränderten Arbeitsbedingungen zu beachten. Anders als im Fall einer Beendigungskündigung muss die Zumutbarkeitsprüfung nicht darauf abstellen, ob die unveränderten Arbeitsbedingungen bis zum Ablauf einer (fiktiven) Kündigungsfrist[201] oder bis nach Ablauf des Sonderkündigungsschutzes[202] für den Arbeitgeber zumutbar sind. Dieser Maßstab der Zumutbarkeitsprüfung im Rahmen der Interessenabwägung des § 626 Abs. 1 BGB zielt nach seinem Wortlaut auf die Beendigungskündigung ab und passt nicht auf die Ausgangslage einer Änderungskündigung. Dabei kann dahingestellt bleiben, ob der Arbeitnehmer das Änderungsangebot vorbehaltlos annimmt oder nicht; in beiden Fällen beurteilt sich die soziale Rechtfertigung der Kündigung anhand des Änderungsangebots und nicht anhand einer eventuellen Beendigung des Arbeitsverhältnisses. Mit der Änderungskündigung besteht das Arbeitsverhältnis fort. Dem Schutzzweck des § 15 KSchG ist ausreichend Rechnung getragen, wenn der Fortbestand und die Stetigkeit der jeweiligen Arbeitnehmervertretung gesichert ist[203]. Anders verhält es sich mit der außerordentlichen Änderungskündigung als Rechtsgrundlage einer Versetzung des Betriebsratsmitglieds in einen anderen Betrieb des Unternehmens. Befindet sich das Betriebsratsmitglied in dem von der Betriebsänderung und der

[199] BAG v. 13.6.2002, AP Nr. 97 zu § 615 BGB mit Anm. *Koppenfels-Spies* = NZA 2003, S. 44 (47); BAG v. 5.2.1998, AP Nr. 143 zu § 626 BGB mit Anm. *Höland* = NZA 1998, S. 771 (773 f.).

[200] BAG v. 20.1.2000, AP Nr. 40 zu § 103 BetrVG 1972 = BB 2000, S. 981 (982); BAG v. 12.11.1998, AP Nr. 51 zu § 2 KSchG 1969 = BB 1999, S. 956 (958); KR/*Fischermeier*, § 626 BGB Rdnr. 202; Stahlhacke/*Preis*, Rdnr. 591.

[201] Vgl. Hinweise bei *v. Hoyningen-Huene/Linck*, KSchG § 15 Rdnr. 88 Fn. 216.

[202] BAG v. 21.6.1995, AP Nr. 36 zu § 15 KSchG 1969 = BB 1995, S. 2113 (2115); zu seiner Klarstellung noch einmal BAG v. 7.10.2004 – 2 AZR 81/04 – BB 2005, S. 334 (336), ebenso KR/*Etzel*, § 15 KSchG Rdnr. 23.

[203] BAG v. 21.6.1995, AP Nr. 36 zu § 15 KSchG 1969 = BB 1995, S. 2113 (2115).

zahlenmäßig umfangreichen Personalabbaumaßnahme betroffenen Betrieb, verliert das Mitglied im Fall des § 13 Abs. 2 Nr. 1 BetrVG das Mandat, wenn die Anzahl der in der Regel beschäftigten Arbeitnehmer innerhalb von 24 Monaten nach der Betriebsratswahl im dort genannten Umfang gesunken ist. Sinkt die Zahl nicht so drastisch, verliert das Betriebsratsmitglied das Mandat nach § 24 BetrVG erst mit Ausscheiden aus dem Betrieb, weil es seiner Wählbarkeit verlustig geht, § 8 BetrVG; für ihn rückt ein Ersatzmitglied nach. Die berechtigten Interessen der Arbeitnehmer an der Aufrechterhaltung ihrer gewählten Mitarbeitervertretung sind in die Interessenabwägung mit einzubeziehen. Gerade hinsichtlich eines Betriebsratsmitglieds, welches sich im Amt bewährt hat, für ein gutes Betriebsklima sorgt und dessen Verlust die Belegschaft sehr treffen würde, können die kollektiven Interessen an der Stetigkeit des Betriebsratsmandats stärker zu gewichten sein und die Zumutbarkeitsschwelle für den Arbeitgeber erhöhen, das Betriebsratsmitglied zu unveränderten Arbeitsbedingungen weiterzubeschäftigen. Es kann jedoch situationsabhängig dem Betriebsratsmitglied zuzumuten sein, als Mitarbeiter der betriebsorganisatorisch eigenständigen Einheit mit den vom Personalabbau betroffenen Arbeitnehmern und zukünftigen Qualifizierungsnehmern seines Betriebs unter Verlust seines Mandats dorthin zu wechseln. Das wird insbesondere in Betracht kommen, wenn das Arbeitsverhältnis in der betriebsorganisatorisch eigenständigen Einheit die einzige Möglichkeit der Weiterbeschäftigung ist, weil der Arbeitsplatz im Stammbetrieb wegfällt und im Unternehmen kein gleichwertiger freier Arbeitsplatz zur Verfügung steht[204].

cc) Rechtsfolgen

Ist die Beschäftigung als Mitarbeiter der betriebsorganisatorisch eigenständigen Einheit für Arbeitnehmer unzumutbar (insbesondere Betriebsratsmitglieder) und stimmen diese der Änderung der Arbeitsbedingungen nicht zu, fehlt es an der Rechtsgrundlage für eine Versetzung. Erfolgt diese dennoch, behält der Arbeit-

[204] BAG v. 27.9.2001, EzA § 15 KSchG n.F. Nr. 54 = NZA 2002, S. 815 (815 Ls.); vgl. auch BAG v. 21.6.1995, AP Nr. 36 zu § 15 KSchG 1969 = BB 1995, S. 2113 (2115); so geht KR/*Etzel*, § 15 KSchG Rdnr. 21a etwas weit, wenn er vertritt, dass es auf die Zumutbarkeit der Weiterbeschäftigung (überhaupt) nicht ankommen kann, wenn die Weiterbeschäftigung zu geänderten Bedingungen die einzige Möglichkeit ist; diese Frage ist eher dahin zu beantworten, welche Arbeitsbedingungen sich der einzelne Arbeitnehmer zumuten möchte.

nehmer den Vergütungsanspruch, ohne der Arbeitspflicht nachkommen zu müssen. Ist die Beschäftigung hingegen zumutbar, kann die Versetzung auf die durch die Änderungskündigung zustande gekommene Vertragsänderung gestützt werden. Die Wirksamkeit einer Änderungskündigung kann demnach bei jedem Mitarbeiter unterschiedlich zu beurteilen sein.

e) Zwischenergebnis

Die Änderungskündigung kann nur gegenüber Mitarbeitern ein milderes Mittel im Verhältnis zur Beendigungskündigung und damit Rechtsgrundlage einer Versetzung sein; entscheidend ist der Einzelfall. Zukünftige Qualifizierungsnehmer können nicht aufgrund einer Änderungskündigung in die betriebsorganisatorisch eigenständige Einheit versetzt werden, da das Qualifizierungsverhältnis keine zumutbare Weiterbeschäftigung ist – es ist nicht auf Fortsetzung des bisherigen Arbeitsverhältnisses gerichtet, sondern auf dessen Beendigung. Vor Ausspruch der Beendigungskündigung gegenüber den von der Personalanpassungsmaßnahme betroffenen Arbeitnehmern ist daher auch keine Änderungskündigung erforderlich.

4. Ergebnis:

Der Wechsel in die interne betriebsorganisatorisch eigenständige Einheit erfolgt für die Qualifizierungsnehmer durch Versetzung. Rechtsgrundlage für die Versetzung der zukünftigen Qualifizierungsnehmer ist ausschließlich ein Änderungsvertrag, dessen Bestandteile Aufhebungs- und Qualifizierungsvereinbarungen sind. Mitarbeiter der künftigen Einheit können durch Ausübung des Direktionsrechts, Änderungsvertrag oder Änderungskündigung versetzt werden.

III. Aufhebungs- und Qualifizierungsvertrag mit Arbeitnehmern unter Sonderkündigungsschutz

Streitig ist, ob ordentlich unkündbare Arbeitnehmer, die von einer betriebsbedingten Kündigung/Sozialauswahl nicht betroffen und damit nicht von Arbeitslosigkeit i.S.d. § 17 SGB III bedroht sind, dennoch einen Aufhebungsvertrag abschließen können, um in die betriebsorganisatorisch eigenständige Einheit zu wechseln (und

eventuell anspruchsberechtigt für Transfer-Kurzarbeitergeld sind)[205]. Schließlich bezweckt die Einrichtung einer Einheit und Förderung nach § 216 b SGB III die von betriebsbedingten Kündigungen betroffenen Arbeitnehmer vor Arbeitslosigkeit zu bewahren und die Vermittlung in ein neues Arbeitsverhältnis zu ermöglichen. Die unter besonderem Kündigungsschutz stehenden Arbeitnehmer können bei Betriebsänderungen (ausgenommen Betriebsstilllegung) nicht (ordentlich) betriebsbedingt gekündigt werden. Sie wirken allerdings durch den Aufhebungs- und anschließendem Qualifizierungsvertrag freiwillig an der Außerkraftsetzung der „arbeitsplatzschützenden“ Vorschrift mit. Da nicht vom Normzweck des § 216 b SGB III erfasst, könnte ein Wechsel dieser Arbeitnehmer in die betriebsorganisatorisch eigenständige Einheit mithin ausgeschlossen sein.

1. Kein Kündigungsschutz bei Betriebs(teil)stilllegung

Fraglich ist, ob der o.g. Kündigungsschutz nicht ausgeschlossen ist und die Arbeitnehmer in die betriebsorganisatorisch eigenständige Einheit wechseln können, wenn der Betriebsinhaber im Rahmen seiner unternehmerischen Betätigung entscheidet, den Betrieb ganz oder einen wesentlichen Teil hiervon stillzulegen. Diese Entscheidung steht ihm grundsätzlich frei. Da eine Betriebesstilllegung unter Auflösung der zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmern bestehenden Betriebs- und Produktionsgemeinschaft erfolgt, muss diese ihren sichtbaren Ausdruck darin finden, dass der Unternehmer die bisherige wirtschaftliche Betätigung in der ernstlichen Absicht einstellt, die Weiterverfolgung des bisherigen Betriebszwecks dauernd oder für eine ihrer Dauer nach unbestimmte, wirtschaftlich nicht unerhebliche Zeitspanne aufzugeben[206]. Zur tatsächlichen Auflösung der Organisation und Einstellung der Produktion müssen auch die Arbeitsverhältnisse beendet werden. Die unternehmerische Entscheidungsfreiheit (Stilllegung, nicht die Kündigung, sie ist deren Folge) ist nur insoweit eingeschränkt, als die Maßnahme offenbar unsachlich, unvernünftig oder willkürlich ist[207]; auf ihre Notwendigkeit und Zweckmäßigkeit kann die unternehmerische Entscheidung nicht überprüft werden. Solange

[205] Dagegen: Arbeitsverwaltung; vgl. Interpretationshilfen der Bundesagentur für Arbeit.
[206] St. Rspr. des BAG, vgl. BAG v. 21.6.2001, AP Nr. 50 zu § 15 KSchG 1969 = NZA 2002, S. 212 (214) und h.M. in der Literatur, vgl. Nachweise Richardi/*Annuß*, BetrVG § 111 Rdnr. 56 ff..
[207] BAG v. 27.2.1987, AP Nr. 41 zu § 1 KSchG 1969 Betriebsbedingte Kündigung = NZA 1987, S. 700 (701).

Willkür nicht vorliegt, kann und muss jedes Arbeitsverhältnis aufgelöst werden. Ein gesetzlicher, kollektivrechtlicher oder einzelvertraglicher Kündigungsschutz greift dann häufig nicht ein, bspw. § 15 Abs. 4 KSchG, oder rechtfertigt eine außerordentliche Kündigung. In jedem Fall kann der Unternehmer die Arbeitsverhältnisse beenden und seine wirtschaftliche Betätigung aufgeben. Seine Fürsorgepflicht gebietet ihm jedoch, vor der Beendigungskündigung mildere Maßnahmen zu ergreifen, insbesondere eine Weiterbeschäftigung im Betrieb zu versuchen oder das Arbeitsverhältnis zu geänderten Bedingungen fortzusetzen. Bei Betriebsstilllegungen sind daher auch die an sich unkündbaren Arbeitnehmer vom Normzweck des § 216 b SGB III erfasst, da ihre Arbeitsverhältnisse ohne Einschränkung beendet werden können.

2. Gesetzlicher Sonderkündigungsschutz

Problematischer ist die Wirkung von Kündigungsschutzregelungen bei allen Personalabbaumaßnahmen, denen keine Betriebs(teil)stilllegung zugrunde liegt:

Zunächst ist die Situation der unter gesetzlichem Kündigungsschutz stehenden Arbeitnehmer zu untersuchen; diese wären nicht in die soziale Auswahl der betriebsbedingten Kündigungen einzubeziehen, somit erst nachrangig von Personalanpassungsmaßnahmen betroffen. Das gilt nach § 15 Abs. 1 Satz 1, Abs. 2 Satz 1 KSchG für Mitglieder des Betriebsrats, der Personalvertretung u.a. Mitarbeitervertretungsorgane sowie nach § 2 Abs. 1 ArbPlSchG für Wehrpflichtige bzw. § 78 Abs. 1 Nr. 1 ZDG für Zivildienstleistende[208]. Die Vorschriften sind spezialgesetzliche Regelungen gegenüber § 1 KSchG. Dieser gesetzliche Kündigungsschutz gilt auch zugunsten der Arbeitnehmer im Kleinbetrieb. Den betroffenen Arbeitnehmern kann ordentlich betriebsbedingt nicht gekündigt werden, es sei denn, der Betrieb wird (teil-)stillgelegt; vgl. § 15 Abs. 4 KSchG. Ähnlich ist auch die Situation nach § 2 Abs. 2 Satz 2 ArbPlSchG, wonach die Kündigung während des Wehrdienstes wegen dringender betrieblicher Gründe zulässig ist, lediglich in der Sozialauswahl darf der Wehrdienst nicht zum Nachteil des Arbeitnehmers bewer-

[208] *V. Hoyningen-Huene/Linck*, KSchG § 1 Rdnr. 453; ErfK/*Ascheid*, § 1 KSchG Rdnr. 468; MünchArbR/*Berkowsky*, § 139 Rdnr. 92; KR/*Etzel*, § 1 KSchG Rdnr. 678; APS/*Kiel*, KSchR § 1 KSchG Rdnr. 691; Stahlhacke/*Preis*, Rdnr. 1071; KDZ/*Kittner*, KSchR § 1 KSchG Rdnr. 442.

tet werden.

Eine Ausnahme ist die Kündigung von Arbeitnehmern, bei denen die Kündigung nicht generell ausgeschlossen, sondern von der Zustimmung der jeweils zuständigen Behörde abhängig ist, vgl. § 18 Abs. 1 Satz 2 BErzGG, § 9 Abs. 3 MuSchG, § 85 SGB IX. Der Zustimmung liegen allerdings Ermessensentscheidungen der Behörden zugrunde, die nach den Normzwecken auf Ausnahmefälle beschränkt sein soll. Diese Arbeitnehmer sind – trotz Personalanpassungsmaßnahme – nicht von Arbeitslosigkeit bedroht i.S.d. § 17 SGB III; daher müssen sie die ordentliche betriebsbedingte Kündigung abwarten, um in die betriebsorganisatorisch eigenständige Einheit wechseln zu können.

In befristeten Arbeitsverträgen müsste die ordentliche Kündbarkeit während des Befristungszeitraums ausdrücklich vereinbart sein, andernfalls besteht hier ein absolutes (ordentliches) Kündigungsverbot. Nach § 15 Abs. 1, Abs. 2 TzBfG endet das befristete Arbeitsverhältnis grundsätzlich mit Zeitablauf bzw. Zweckerreichung.

3. Vertraglicher und kollektivrechtlicher Sonderkündigungsschutz

Die Möglichkeit, bestimmte Kündigungsformen auszuschließen, kann sich auch aus einzelvertraglichen bzw. kollektivrechtlichen Regelungen ergeben.

a) Ausschluss der ordentlichen Kündbarkeit

In zahlreichen Tarifverträgen und z.T. auch in Betriebsvereinbarungen und Individualarbeitsverträgen ist die ordentliche Kündigung zugunsten des Arbeitnehmers bei Erreichen einer bestimmten Betriebszugehörigkeitsdauer und Vollendung eines bestimmten Lebensjahres (altersbedingte Unkündbarkeit) ausgeschlossen. Zunächst stelle sich die Frage, ob derartige Vereinbarungen wirksam sein können. Nach überwiegender Auffassung wird vertreten, dass tarif- und arbeitsvertraglich sowie nach Betriebsvereinbarung ordentlich unkündbare Arbeitnehmer mit den übrigen Arbeitnehmern des Betriebes nicht vergleichbar sind und in die Sozial-

auswahl nicht einbezogen werden dürfen[209]. Andernfalls würden diese Unkündbarkeitsklauseln für den Hauptanwendungsbereich, die betriebsbedingte Kündigung, leerlaufen. Nach Sinn und Zweck dieser Klauseln sollen gerade in wirtschaftlich schwierigen Situationen ältere und mit dem Betrieb lange verbundene, insbesondere über einen bestimmten Zeitraum am wirtschaftlichen Erfolg beteiligte Arbeitnehmer dem Betrieb erhalten bleiben. Ein Verstoß gegen § 1 Abs. 3 KSchG liege nicht vor, weil unkündbare Arbeitnehmer gerade nicht zu dem für die Sozialauswahl relevanten Kreis zählten, ihre Herausnahme aus dem Personenkreis sei nur eine Reflexwirkung der entsprechenden kollektivrechtlichen bzw. individualrechtlichen Unkündbarkeitsregelungen.

Diese Auffassung ist abzulehnen[210]. Sie übersieht, dass die Unkündbarkeitsklauseln gegen zwingendes Gesetzesrecht verstoßen. Weder die in Art. 9 Abs. 3 GG geschützte Tarifautonomie noch die in Art. 2 Abs. 1 GG garantierte Privatautonomie werden schrankenlos gewährt, sondern finden ihre Grenzen in der rechtsstaatlichen Bindung an Recht und Gesetz. § 1 Abs. 3 KSchG soll sozial besonders schutzwürdige Arbeitnehmer vor betriebsbedingten Kündigungen schützen. Das schließt nicht aus, dass von der gesetzlichen Vorgabe nicht abgewichen werden könnte. In zahlreichen arbeitsrechtlichen Vorschriften (z.B. § 616 Abs. 2 Satz 1 BGB, § 622 Abs. 4 Satz 1 BGB, § 3 ArbZG, § 13 Abs. 1 BUrlG, § 17 Abs. 3

[209] LAG Niedersachsen v. 11.6.2001, LAGE § 1 KSchG Soziale Auswahl Nr. 37 „sofern der Arbeitsplatz drittbetroffener Arbeitnehmer in der tarifvertraglichen Regelung nicht nur ganz ungenügend berücksichtigt wurde“; LAG Brandenburg v. 29.10.1998, LAGE § 1 KSchG Soziale Auswahl Nr. 29 = AuR 1999, S. 284 (284 f.) mit abl. Anm. *Pauly*; LAG Nürnberg v. 4.7.1994, LAGE § 1 KSchG 1969 Soziale Auswahl Nr. 10; ArbG Kassel v. 5.8.1976, DB 1976, S. 1675 (1676 f.) mit abl. Anm. *Eich*; ErfK/*Ascheid*, § 1 KSchG Rdnr. 471 f.; HK-KSchG/*Dorndorf*, § 1 Rdnr. 1055, 1055a; KR/*Etzel*, § 1 KSchG Rdnr. 665; Stahlhacke/*Preis*, Rdnr. 1074 ff.; KDZ/*Kittner*, KSchR § 1 KSchG Rdnr. 443; *Preis*, S. 485 ff.; MünchKommBGB/*Hergenröder*, § 1 KSchG Rdnr. 376; *Zwanziger*, DB 2000, S. 2166 (2166 ff.); *Künzl*, ZTR 1996, S. 385 (389); *Meisel*, DB 1991, S. 92 (94); *Weller*, RdA 1986, S. 222 (230); *Herschel*, ArbuR 1977, S. 137 (143).

[210] Ebenso ArbG Cottbus v. 17.5.2000, EzA § 1 KSchG Soziale Auswahl Nr. 44 = DB 2000, S. 1817 (1817 f.); *Rieble*, NZA 2003, S. 1243 (1244); *v. Hoyningen-Huene/Linck*, KSchG § 1 Rdnr. 456; *Bauer/Röder*, S. 156 f.; MünchArbR/*Berkowsky*, § 139 Rdnr. 106 ff.; im Grunde auch *Pauly*, ArbuR 1997, S. 94 (97 f.) und ArbuR 1999, S. 285 (286), zugl. Anm. zu LAG Brandenburg v. 29.10.1998; *Frischmann*, ZTR 1996, S. 344 (348); *Ehler*, BB 1994, S. 2068 (2069); *Gaul, D.*, NZA 1992, S. 673 (675); *Löwisch/Spinner*, KSchG § 1 Rdnr. 360 f.; *Oetker*, FS für *Wiese* S. 333 (341 f.); *Säcker/Oetker*, § 5 B. II. 1. a) bb) S. 186 ff.; *Moll*, FS für *Wiedemann* S. 333 (359 f.); *Kania/Kramer*, RdA 1995, S. 287 (288) sofern derartige Unkündbarkeitsregelungen gerade im Hinblick auf eine konkret anstehende Sozialauswahl vereinbart wurden; letztlich auch BAG v. 11.3.1976, DB 1976, S. 1387 (1387), wonach von § 1 Abs. 3 KSchG nicht zu Lasten des Arbeitnehmers abgewichen werden kann. Nur konsequent ist der Rückschluss, diese Abweichung auch gegenüber Dritten, den ordentlich kündbaren Arbeitnehmern, nicht zuzulassen.

BetrVG, § 21 a JArbSchG, § 4 Abs. 4 EFZG, §§ 48 Abs. 2 und 101 ArbGG für Tarifverträge bzw. § 622 Abs. 5 BGB für Arbeitsverträge) hat der Gesetzgeber durch Öffnungsklauseln ausdrücklich abweichende Regelungen für zulässig erklärt. Eine derartige Regelung wurde in § 1 Abs. 3 KSchG nicht aufgenommen. Die Vorschrift enthält vielmehr eine aus dem Sozialstaatsprinzip (Art. 20 Abs. 1 GG) ableitbare Pflicht zur Sozialauswahl, die nicht privatrechtlich eliminiert werden kann[211]. Durch die Herausnahme tariflich unkündbarer Arbeitnehmer aus dem Kreis der zu vergleichenden Arbeitnehmer wird der zwingende gesetzliche Kündigungsschutz unmittelbar beeinträchtigt[212]. Selbst wenn man Reflexwirkung annehmen wollte, wird die Rechtsbeeinträchtigung hierdurch nicht gegenstandslos; entscheidend sind die Auswirkungen und ob diese von der Rechtsordnung gebilligt werden können. Fixe Grenzen bei Betriebszugehörigkeit und Lebensalter pauschalieren die Abwägung zu Unrecht und stehen im Gegensatz zu der gesetzlichen Regelung des § 1 Abs. 3 Satz 1 KSchG. Danach sind die Faktoren Betriebszugehörigkeitsdauer und Lebensalter ohnehin zugunsten entsprechender Arbeitnehmer zu berücksichtigen, indes nicht ausschließlich. Zulässigerweise können nach dem Wortlaut der Vorschrift Leistungsträger aus der Sozialauswahl herausgenommen werden, um die Altersstruktur und Wettbewerbsfähigkeit des Betriebes zu sichern, für ordentlich unkündbare Arbeitnehmer gilt dies nicht. Die ordentliche Unkündbarkeit ist vielmehr innerhalb der Sozialauswahl als günstiger Faktor der jeweiligen Arbeitnehmer zu berücksichtigen und entsprechend zu gewichten.

Demnach entfalten Unkündbarkeitsvereinbarungen in Tarifverträgen, Betriebsvereinbarungen und Arbeitsverträgen aufgrund gesetzeskonformer Auslegung gegenüber dem höherwertigen Gebot des § 1 Abs. 3 KSchG keine unmittelbare Wirkung; sie sind jedoch innerhalb der Sozialauswahl zugunsten der entsprechenden Arbeitnehmer zu berücksichtigen. Somit sind „ordentlich unkündbare“ Arbeitnehmer bei Personalanpassungsmaßnehmen ebenso i.S.d. § 17 SGB III von Arbeitslosigkeit bedroht und mögliche Vertragspartner für den Qualifizierungsvertrag.

[211] *Gaul, D.*, NZA 1992, S. 673 (675).
[212] Wie vor. Fn. 208, für alle *v. Hoyningen-Huene/Linck*, KSchG § 1 Rdnr. 457.

b) Kein Ausschluss der außerordentlichen Kündbarkeit

Das Recht zur außerordentlichen Kündigung ist nach ganz herrschender Meinung als solches unabdingbar[213]. Zwar rechtfertigen dringende betriebliche Erfordernisse regelmäßig allein die ordentliche Arbeitgeberkündigung nach § 1 KSchG. Dennoch ist die außerordentliche betriebsbedingte Kündigung ausnahmsweise zulässig, obwohl zum Unternehmerrisiko des Arbeitgebers grundsätzlich auch die Einhaltung der ordentlichen Kündigungsfrist[214] zählt. Die außerordentliche Kündigung bedarf eines wichtigen Grundes, der zum Wegfall der Beschäftigungsmöglichkeit führt. Die Ursache für die dringenden betrieblichen Erfordernisse der Kündigung liegen in der Sphäre des Arbeitgebers. Sie müssen der Weiterbeschäftigung an diesem Arbeitsplatz überhaupt oder zu den bisherigen Bedingungen entgegenstehen und dürfen sich nicht auf die Frage der personellen Besetzung eines erhaltenen Arbeitsplatzes beziehen[215]. Grundlegende Veränderungen des Betriebes oder der öffentlichen Verwaltung, wie Betriebsstilllegung oder -einschränkung sind für sich gesehen noch keine ausreichend wichtigen Gründe. Selbst die Eröffnung des Insolvenzverfahrens berechtigt noch nicht zur außerordentlichen fristlosen Kündigung[216]. Der Arbeitgeber darf das Wirtschaftsrisiko nicht auf den Arbeitnehmer abwälzen. Vielmehr muss die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses unzumutbar geworden sein, und zwar bis zur ordentlichen Beendigung bzw. Beendigungsmöglichkeit. Auch eine außerordentliche Kündigung ist daher in den allermeisten Fällen nur mit der ordentlichen Kündigungsfrist zulässig[217]. Eine Unzumutbarkeit der Weiterbeschäftigung ist insbesondere dann gegeben, wenn (eine ordentliche Kündigungsmöglichkeit ausgeschlossen ist und) der Arbeitgeber dem Arbeitnehmer über einen längeren Zeitraum hin das Gehalt weiterzahlen müsste, obwohl er z.B. wegen Betriebsstilllegung für dessen Arbeitskraft keine Verwendung mehr

[213] Zuletzt BAG v. 18.10.2000, AP Nr. 39 zu § 9 KSchG 1969 mit Anm. *Bengelsdorf* = NZA 2001, S. 437 (440).
[214] BAG v. 7.3.2002, AP Nr. 6 zu § 620 BGB Schuldrechtliche Kündigungsbeschränkung = NZA 2002, S. 963 (964); BAG v. 5.2.1998, AP Nr. 143 zu § 626 BGB mit Anm. *Höland* = NZA 1998, S. 771 (773).
[215] *Rüthers/Henssler*, ZfA 1988, S. 31 (39 f.); KR/*Fischermeier*, § 626 BGB Rdnr. 156.
[216] Vgl. BAG v. 13.6.2002, AP Nr. 97 zu § 615 BGB = NZA 2003, S. 44 (46 f.); BAG v. 12.9.1974, AP Nr. 1 zu § 44 TV AL II mit Anm. *Herschel* = DB 1975, S. 214 (214 Ls.).
[217] Vgl. zum gesetzlichen Kündigungsschutz nach § 15 KSchG *v. Hoyningen-Huene/Linck*, KSchG § 15 Rdnr. 155.

hat[218]. Es sind jedoch unter Achtung der Freiheit der vorausgegangenen unternehmerischen Entscheidung verschärfte Anforderungen an das Bemühen zu stellen, diese Arbeitnehmer zur Vermeidung einer außerordentlichen Kündigung nach Umorganisation oder Umschulung anderweitig zu beschäftigen[219]. Schon bei der ordentlichen betriebsbedingten Kündigung hat der Arbeitgeber im Rahmen der Dringlichkeitsprüfung des § 1 Abs. 2 Satz 1 KSchG vor jeder Kündigung zu prüfen, ob sie durch eine anderweitige Beschäftigung des Arbeitnehmers vermieden werden kann.

Für die meisten Kündigungssachverhalte in privatwirtschaftlichen Betrieben, insbesondere diejenigen, die für die Gründung betriebsorganisatorisch eigenständiger Einheiten ausschlaggebend sind, ergibt sich die Unabdingbarkeit des außerordentlichen Kündigungsrechts des Arbeitgebers darüber hinaus schon aus verfassungsrechtlichen Überlegungen: Zu den Freiheitsrechten privatautonomen Handelns gehört das der Berufsfreiheit (Art. 12 Abs. 1 GG) immanente Grundrecht von Arbeitgebern und Arbeitnehmern, Arbeitsverhältnisse privatautonom zu begründen, inhaltlich zu gestalten, aber auch zu beenden[220]. Da der Arbeitgeber prinzipiell die Möglichkeit haben muss, sein Unternehmen aufzugeben, muss er wirksam kündigen können. Er muss auch das Recht haben, darüber zu entscheiden, welche Größe sein Unternehmen haben soll. Kündigungsbeschränkungen, die diese Entscheidungsfreiheit beseitigen, sind verfassungsrechtlich angreifbar. Art. 12 Abs. 1 GG schließt es aus, vom Arbeitgeber zu verlangen, ein unzumutba-

---

[218] BAG v. 22.7.1992, EzA § 626 BGB n.F. Nr. 141; BAG v. 28.3.1985, AP Nr. 86 zu § 626 BGB mit Anm. *Herschel* = NZA 1985, S. 559 (559); BAG v. 12.9.1974, AP Nr. 1 zu § 44 TV AL II mit Anm. *Herschel* = DB 1975, S. 214 (Ls.); BAG v. 8.10.1957, AP Nr. 16 zu § 626 BGB = BAGE 5, 20 (22).

[219] BAG v. 13.6.2002, AP Nr. 97 zu § 615 BGB mit Anm. *Koppenfels-Spies* = NZA 2003, S. 44 (47); BAG v. 5.2.1998, AP Nr. 143 zu § 626 BGB mit Anm. *Höland* = NZA 1998, S. 771 (774); *Kiel/Koch*, Rdnr. 538; *Groeger*, NZA 1999, S. 850 (854 f.); zur besonderen Problematik der außerordentlichen Kündigung im öffentlichen Dienst BAG v. 27.6.2002, AP Nr. 4 zu § 55 BAT mit Anm. *Walker*, dort ist wegen § 55 Abs. 2 Unterabs. 1 Satz 1 BAT, der auch die außerordentliche betriebsbedingte Kündigung aus wichtigem Grund grundsätzlich ausschließt und den Arbeitgeber insoweit auf eine Änderungskündigung zum Zweck der Herabgruppierung um eine Vergütungsgruppe verweist, eine außerordentliche betriebsbedingte Kündigung nur in Extremfällen zulässig. Entsprechend Sinn und Zweck der Tarifvorschrift müssen die Anforderungen an eine derartige außerordentliche Kündigung ganz erheblich sein. Es kann nur darum gehen, auch unter Berücksichtigung der Annäherung des Arbeitsverhältnisses an ein Beamtenverhältnis und des Grundsatzes der Einheit des öffentlichen Dienstes zu verhindern, dass ein sinnentleertes Arbeitsverhältnis über einen langen Zeitraum hinweg allein noch durch Gehaltszahlungen aufrechterhalten wird und dadurch der öffentliche Arbeitgeber in erhebliche, vor allem finanzielle Schwierigkeiten gerät.

[220] *Papier*, RdA 1989, S. 137 (138 f.); *Säcker/Oetker*, § 6 B. III. S. 291; vgl. auch BVerfG v. 23.1.1990, BVerfGE 81, 156 (200 f.).

res Arbeitsverhältnis aufrechtzuerhalten[221]. Unverzichtbar sind danach z.B. Beendigungsmöglichkeiten, die der Anpassung des Arbeitnehmerbestandes an die Entwicklung des Unternehmens dienen. Eine Tarifnorm, die vom Arbeitgeber Unmögliches bzw. evident Unzumutbares verlangt und damit in dessen unternehmerische Freiheit eingreift, ist insoweit verfassungswidrig und schon im Wege der verfassungskonformen Auslegung dahingehend einzuschränken, dass sie für derartige Ausnahmefälle nicht gilt[222].

c) Auswirkungen auf den Wechsel in die betriebsorganisatorisch eigenständige Einheit und die Förderung nach § 216 b SGB III

Geht man mit diesem Ergebnis davon aus, dass von § 1 Abs. 3 KSchG als zwingendem Gesetzesrecht durch Tarifvertrag, Betriebsvereinbarung und Arbeitsvertrag nicht abgewichen werden kann, stellt sich die Frage nach den Auswirkungen auf einen möglichen Wechsel von Arbeitnehmern unter Sonderkündigungsschutz in die Einheit und ihre Förderung durch Transfer-Kurzarbeitergeld. Im Grunde müssen alle durch Aufhebungs- und Qualifizierungsvertrag in betriebsorganisatorisch eigenständige Einheiten wechselnden Arbeitnehmer gleichermaßen vom Normzweck des § 216 b SGB III erfasst sein. Zu diesem Ergebnis kommt man selbst dann, wenn man mit der gerade dargestellten (und abzulehnenden) Auffassung annehmen würde, Arbeitnehmer, bei denen kollektivrechtlich bzw. einzelvertraglich die ordentliche Kündbarkeit ausgeschlossen ist, seien von vornherein der Sozialauswahl zu entziehen. Soweit nämlich die tariflich unkündbaren Arbeitnehmer betriebsbedingt außerordentlich gekündigt werden können, wenn der Arbeitgeber sie bei Wegfall des Arbeitsplatzes unter Einsatz aller zumutbarer Mittel nicht weiterbeschäftigen kann, stellt dieser Kündigungssachverhalt einen wichtigen Grund i.S.d. § 626 BGB dar. Daran wird deutlich, dass eine betriebsbedingte Kündigung bei Personalabbaumaßnahmen ungeachtet etwaiger Sonderregelungen – ordentlich oder außerordentlich – möglich ist.

Unterstellt man diese kündigungsrechtliche Situation, ist die gängige Praxis der

[221] *Preis*, S. 62 ff.; *Papier*, RdA 1989, S. 137 (140); *Moll*, FS für *Wiedemann* S. 333 (349).
[222] *Bröhl*, FS für *Schaub* S. 55 (66 f.).

Arbeitsverwaltung, bestimmte Arbeitnehmer bei freiwilligem Abschluss eines Aufhebungs- und Qualifizierungsvertrages von der Förderung mit Transfer-Kurzarbeitergeld auszunehmen, nicht mit dem Normzweck § 216 b SGB III zu rechtfertigen. Sie geht davon aus, dass eine tarifrechtliche Regelung bzw. Betriebsvereinbarung über die ordentliche Unkündbarkeit eine Rechtsposition darstellt, die Bestandsschutz gewährleistet und aus diesem Grund dem Arbeitnehmer nicht mehr entzogen werden dürfe. Die betreffenden Arbeitnehmer hätten einen absoluten ordentlichen Kündigungsschutz erlangt. Für die Gewährung von Transfer-Kurzarbeitergeld an Arbeitnehmer, die diesen Kündigungsschutz hätten, sei daher entscheidend, ob sie aufgrund der Strukturanpassungsmaßnahmen rechtswirksam entlassen werden könnten. Die Rechtsprechung des *BAG*[223] zur Kündigung dieser Arbeitnehmer müsse hierzu entsprechend herangezogen werden. Danach habe der Arbeitgeber substantiiert darzulegen, weshalb das Freimachen eines geeigneten Arbeitsplatzes oder dessen Schaffung durch entsprechende Umorganisation nicht möglich oder nicht zumutbar sei, wobei auch das zu erwartende Freiwerden eines geeigneten Arbeitsplatzes aufgrund üblicher Fluktuation zu berücksichtigen sei.

Trotz der anerkannten Grundsätze zur Sozialauswahl bei betriebsbedingter Kündigung ist die Arbeitsverwaltung der Auffassung, eine außerordentliche Kündigungsmöglichkeit ordentlich unkündbarer Arbeitnehmer sei regelmäßig nur dann zuzulassen, wenn es sich zum einen um einen stillzulegenden Betrieb und zum anderen bei dem stillzulegenden Betrieb um den einzigen Betrieb des Unternehmens handelt[224]. Sie ist weiter der Annahme, die der betriebsbedingten Kündigung zugrunde liegenden Grundsätze der Sozialauswahl seien ohne Berücksichtung der besonderen betrieblichen Umstände bei Einrichtung einer betriebsorganisatorisch eigenständigen Einheit für die Gewährung von Transfer-Kurzarbeitergeld entsprechend anzuwenden.

[223] Vgl. bspw. BAG v. 17.9.1998, AP Nr. 148 zu § 626 BGB = NJW 1999, S. 1276 ff..
[224] DA 7.4 Abs. 4 zu § 175 SGB III des Sammelerlasses Kurzarbeitergeld der Bundesagentur für Arbeit.

d) Stellungnahme

Die Rechtsauffassung der Arbeitsverwaltung wird der Eigenart der betriebsorganisatorisch eigenständigen Einheit und den betrieblichen Situationen, die zu ihrer Einrichtung führen, nicht gerecht. Es liegt zwar in der Regel eine wirtschaftliche Betriebssituation vor (dringende betriebliche Bedürfnisse, vgl. § 1 Abs. 2 KSchG), die betriebsbedingte Kündigungen an sich rechtfertigen. Diese dringenden betrieblichen Bedürfnisse machen eine Kündigung im Interesse des Betriebs notwendig; sie ist wegen der betrieblichen Lage sogar unvermeidbar[225]. Hier greift der beschäftigungssichernde Zweck der betriebsorganisatorisch eigenständigen Einheit und der als Fernziel verfolgte Zweck der Gewährung von Transfer-Kurzarbeitergeld. Aufgabe der Sozialauswahl ist es, das dringende betriebliche Erfordernis einer Kündigung personell zu konkretisieren[226]. Dabei muss der Arbeitgeber prüfen, welchem Arbeitnehmer gegenüber er das Kündigungsrecht ausüben darf, und verhindern, dass ein sozial schutzwürdigerer Arbeitnehmer den Betrieb verlassen muss – und damit seinen Arbeitsplatz endgültig verliert – während ein weniger schutzwürdiger Arbeitnehmer im Betrieb verbleibt. Demgegenüber verlieren auch durch die Einrichtung betriebsorganisatorisch eigenständiger Einheiten die von der Personalanpassungsmaßnahme betroffenen Arbeitnehmer ihren Arbeitsplatz im bisherigen Betrieb endgültig; ihnen wird jedoch durch die Qualifizierungs- und Weiterbildungsangebote eine erleichterte Suche nach einem neuen Arbeitsplatz ermöglicht.

Eine Sozialauswahl soll durch den Abschluss von Qualifizierungsverträgen und dem freiwilligen Wechsel in die betriebsorganisatorisch eigenständige Einheit gerade vermieden werden. Denn die gesetzlichen Vorgaben der Sozialauswahl führen nicht selten zu einer Verschlechterung der betrieblichen Alters- und Leistungsstruktur und damit zu einer weiteren Schwächung der Wettbewerbsfähigkeit des Unternehmens[227]. Zwar sind Arbeitnehmer seit der Neuregelung des KSchG zum 1.1.2004 nicht in die Sozialauswahl einzubeziehen, wenn ihre Weiterbeschäf-

[225] Siehe zu der unternehmerischen Entscheidung als Ursache der dringenden betrieblichen Bedürfnisse BAG v. 5.12.2002, AP Nr. 60 zu § 1 KSchG 1969 Soziale Auswahl = BB 2004, S. 1229 (1230).
[226] BAG v. 17.2.2000, AP Nr. 46 zu § 1 KSchG 1969 Soziale Auswahl = BB 2000, S. 2525 (2526).
[227] So auch *Gaul/Otto*, NZA 2004, S. 1301 (1301).

tigung zur Sicherung einer ausgewogenen Personalstruktur im betrieblichen Interesse liegt, vgl. § 1 Abs. 3 Satz 2 KSchG. Die Nachteile einer Sozialauswahl sind für den Arbeitgeber indes nur gemindert. Die Herausnahme der Leistungsträger erlaubt lediglich die Sicherung einer ausgewogenen Personalstruktur, nicht aber deren Herstellung oder gar Verbesserung der Altersstruktur. Zudem wird mit Beweisschwierigkeiten für den Arbeitgeber gerechnet werden können, wenn er die Leistungsträgereigenschaft detailliert darlegen muss.

Bei der Einrichtung der betriebsorganisatorisch eigenständigen Einheit kann es aufgrund der damit verbundenen arbeitsförderungsrechtlichen Leistung nur darauf ankommen, dass überhaupt Arbeitsverhältnisse beendet werden sollen und die Beschäftigung dieser (noch nicht individualisierten) Arbeitnehmer durch Qualifizierung in betriebsorganisatorisch eigenständigen Einheiten gesichert werden kann. Arbeitslosigkeit soll vermieden und dem Qualifizierungsnehmer ermöglicht werden, sich entsprechend den Bedürfnissen des aktuellen Arbeitsmarktes weiterzubilden. Die Alternative zu einem Wechsel in die betriebsorganisatorisch eigenständige Einheit ist, je nach Ausgestaltung der Personalanpassungsmaßnahme (z.B. Betriebsstilllegung) mangels Weiterbeschäftigungsmöglichkeit die betriebsbedingte Kündigung, eventuell mit Ansprüchen auf Sozialplanleistungen. Eine solche Gefahr müsste der Arbeitnehmer nach Auffassung der Arbeitsverwaltung in Kauf nehmen. Dies kann aus arbeitsförderungsrechtlicher und beschäftigungssichernder Sicht kein akzeptables Ergebnis sein. Vielmehr ist der freiwillige Wechsel auch ordentlich unkündbarer Arbeitnehmer in die betriebsorganisatorisch eigenständige Einheit stets der bessere Weg, da die Beschäftigung in der Regel für 12 Monate gesichert und eine besondere Hilfestellung bei der Suche nach einem neuen Arbeitsverhältnis gewährleistet ist. Das Qualifizierungsverhältnis in der Einheit bietet dem Arbeitnehmer in jedem Fall eine günstigere Alternative als ein ungesicherter Verbleib im Betrieb. Der ordentlich unkündbare Arbeitnehmer wäre andernfalls sogar schlechter gestellt als ein Arbeitnehmer ohne Sonderkündigungsschutz, der zweifelsohne in die betriebsorganisatorisch eigenständige Einheit wechseln kann (und anspruchsberechtigt nach § 216 b SGB III ist). Ein Qualifizierungsvertrag mit ordentlich unkündbaren Arbeitnehmern ist daher zulässig; sie

sind von Arbeitslosigkeit bedroht[228].

4. Ergebnis

Arbeitnehmer mit vertraglichem Sonderkündigungsschutz können mit Abschluss des Qualifizierungsvertrages in die betriebsorganisatorisch eigenständige Einheit wechseln, obwohl sie damit ihren Status der ordentlichen Unkündbarkeit freiwillig aufgeben.

[228] Ebenso *Meyer*, BB 2004, S. 490 (490).

§ 5 Ausscheiden aus der betriebsorganisatorisch eigenständigen Einheit

Wie die Qualifizierungsnehmer aus der betriebsorganisatorisch eigenständigen Einheit ausscheiden, hängt davon ab, welche Beendigungstatbestände die Vertragsparteien vereinbart haben oder ob sich die Qualifizierungsnehmer auch einseitig durch Kündigung vom Vertrag lösen können; möglicherweise ruht das Qualifizierungsverhältnis.

I. Ende durch Befristung/Eintritt der auflösenden Bedingung

Hat der Qualifizierungsnehmer das Qualifizierungsverhältnis nicht innerhalb des 12-monatigen Bestehens der betriebsorganisatorisch eigenständigen Einheit wegen eines neuen Arbeitsverhältnisses verlassen, endet es mit Ablauf der vereinbarten Zeit, § 15 Abs. 1 TzBfG analog. Tritt die auflösende Bedingung einer Nicht(weiter-)gewährung des Transfer-Kurzarbeitergeldes ein (§ 21 TzBfG analog) und muss die Einheit geschlossen werden, gilt § 15 Abs. 2 TzBfG entsprechend. Da die auflösende Bedingung der Befristung gleichgestellt ist, endet das Qualifizierungsverhältnis zu diesem Zeitpunkt. Das wirksam befristete oder auflösend bedingte Qualifizierungsverhältnis endet auch für Personen, die unter gesetzlichem Sonderkündigungsschutz stehen[229], bspw. nach Maßgabe der § 9 MuSchG, § 18 BErzGG, § 85 SGB IX.

II. Aufhebungsvereinbarung

Das Beschäftigungsverhältnis in der betriebsorganisatorisch eigenständigen Einheit kann wie andere Vertragsverhältnisse jederzeit einvernehmlich durch Aufhebungsvereinbarung beendet werden. Auch die arbeitsförderungsrechtlichen Regelungen über den Bezug von Transfer-Kurzarbeitergeld sehen keine feste Vertragsbindung vor.

[229] *Buchner/Becker*, § 9 MuSchG Rdnr. 48 ff., 54 ff. und § 18 BErzGG Rdnr. 6.

III. Die ordentliche Kündigung

Wichtigster Rechtsgrund für ein Ausscheiden der Qualifizierungsnehmer aus der betriebsorganisatorisch eigenständigen Einheit dürfte die ordentliche Kündigung aufgrund Abschluss eines neuen Arbeitsvertrages außerhalb der Einheit sein. Sind die Qualifizierungsverträge wirksam befristet oder auflösend bedingt, ist eine ordentliche Kündigung nach § 15 Abs. 3 TzBfG grundsätzlich nicht zulässig, wenn sie nicht einzelvertraglich oder im anwendbaren Tarifvertrag vereinbart ist[230]. Die ordentliche Kündigung steht beiden Vertragsparteien zu; unterschiedliche Kündigungssachverhalte könnten sich ergeben, wenn für die betriebsorganisatorisch eigenständige Einheit das KSchG Anwendung findet.

1. Kündigung des Qualifizierungsnehmers

Für den Qualifizierungsnehmer ist entscheidend, ob er aufgrund Vermittlung in ein neues Arbeitsverhältnis oder aus sonstigen Gründen kündigt. Möglicherweise wirkt sich ein Ausscheiden aufgrund sonstiger Kündigungsgründe auf den Bezug von Transfer-Kurzarbeitergeld aus.

a) Kündigungsgründe

Ein möglicher Kündigungsgrund ergibt sich bereits aus dem gesetzgeberischen Ziel der Beschäftigung in der betriebsorganisatorisch eigenständigen Einheit, nämlich die erfolgreiche Vermittlung in ein neues Arbeitsverhältnis außerhalb der Einheit. Der Abschluss eines Arbeitsvertrages ist mithin Kündigungsgrund für den Qualifizierungsnehmer. Kündigt der Qualifizierungsnehmer aus anderen Gründen als wegen des Beginns eines neuen Arbeitsverhältnisses, was ihm mit Blick auf sein Grundrecht aus Art. 12 GG, der freien Arbeitsplatzwahl, unbenommen ist, wird er mit Ablauf der Kündigungsfrist arbeitslos. Mit der Eigenkündigung hat er die Rechtsfolgen des SGB III zu berücksichtigen. Das Qualifizierungsverhältnis wird aus arbeitsförderungsrechtlicher Sicht als Arbeitsverhältnis behandelt, so-

[230] BAG v. 18.9.2003, NZA 2004, S. 222 (222); KR/*Lipke*, § 15 TzBfG Rdnr. 20a; APS/*Backhaus*, KSchR § 15 TzBfG Rdnr. 20.

dass der Kündigende zwar Anspruch auf Lohnersatzleistungen, § 117 Abs. 1 Nr. 1 SGB III hat, jedoch gemäß § 144 Abs. 1 Nr. 1 SGB III mit einer Sperrzeit von längstens 12 Wochen rechnen muss, für deren Dauer der Anspruch auf Arbeitslosengeld ruht.

b) Kündigungsfristen

Fraglich ist, welche Kündigungsfristen für den Qualifizierungsnehmer gelten. Das Qualifizierungsverhältnis ist kein reines Dienstverhältnis, sondern steht als Arbeitsverhältnis eigener Art inhaltlich dem Arbeitsverhältnis näher als dem Dienstverhältnis, vgl. **§ 3 II. 4.**. Sofern die ordentliche Kündigung vertraglich vereinbart ist, würden nach § 620 Abs. 2 BGB die Kündigungsfristen des § 622 BGB entsprechend Anwendung finden. Die gesetzlichen Kündigungsfristen sollen es dem Arbeitnehmer ermöglichen, ohne, allenfalls mit geringen wirtschaftlichen Nachteilen einen neuen Arbeitsplatz zu finden; dabei soll auch die Personalplanung des Arbeitgebers geschützt werden[231]. Dieser Zweck gilt für die ordentliche Kündigung des Qualifizierungsverhältnisses nur eingeschränkt. Zwar hat der Arbeitgeber aufgrund Bereitstellung von Schulungspersonal u.a. ein berechtigtes Interesse daran, dass der Qualifizierungsnehmer nicht unmittelbar von einem auf den anderen Tag ausscheidet. Die Qualifizierungsnehmer sollen allerdings flexibel auf ein Stellenangebot außerhalb der betriebsorganisatorisch eigenständigen Einheit reagieren können, ihre berufliche Zukunft liegt schließlich nicht in der Beschäftigung innerhalb der Einheit. Häufiges Kriterium für die Einstellung eines bestimmten Stellenbewerbers ist dessen rasche Verfügbarkeit, so dass eine übermäßige zeitliche Bindung an die Einheit für den Qualifizierungsnehmer kontraproduktiv wäre. In der betrieblichen Praxis werden die Kündigungsfristen des § 622 BGB zugunsten des Qualifizierungsnehmers vertraglich abbedungen oder zumindest verkürzt, die Fristen liegen zwischen drei bis vierzehn Tagen.

2. Kündigung des Arbeitgebers

Auch der Arbeitgeber kann das Qualifizierungsverhältnis ordentlich kündigen; in

[231] ErfK/*Müller-Glöge*: § 622 BGB Rdnr. 1.

Betracht kommt hauptsächlich eine Kündigung, die ihren Grund im Verhalten des Qualifizierungsnehmers hat. Ist das Verhalten kein wichtiger Grund für die außerordentliche fristlose Kündigung oder erlaubt die Interessenabwägung diese Maßnahme nicht, kann das Qualifizierungsverhältnis mit der ordentlichen Kündigung beendet werden. Die Anforderungen an die verhaltensbedingte ordentliche Kündigung unterscheiden sich danach, ob die Kündigung innerhalb oder außerhalb des Geltungsbereichs des KSchG erfolgt.

a) Anwendbarkeit des KSchG auf Qualifizierungsverhältnisse

Ob das KSchG auf die Beschäftigungsverhältnisse in betriebsorganisatorisch eigenständigen Einheiten überhaupt Anwendung findet, hängt davon ab, ob diese vom Normzweck der Vorschrift erfasst sind. Eine direkte Anwendbarkeit auf das Qualifizierungsverhältnis scheidet nach dem Wortlaut des § 1 Abs. 1 KSchG aus; es gilt für Arbeitsverhältnisse. In Betracht kommt eine entsprechende Anwendung, wenn die Interessenlage der Beteiligten vergleichbar ist. Mit dem KSchG sollen vor allem das individuelle Interesse des Arbeitnehmers an der Aufrechterhaltung des Arbeitsverhältnisses und der Arbeitsbedingungen geschützt werden[232]. Entscheidend ist also das Bestandsschutzinteresse des Beschäftigten. Auch der Qualifizierungsnehmer ist als abhängig Beschäftigter in der betriebsorganisatorisch eigenständigen Einheit darauf angewiesen, dass er die ihm nach § 216 b SGB III zustehende Förderung solange erhält, bis er in ein neues Arbeitsverhältnis vermittelt ist. Das Interesse des Qualifizierungsnehmers am Erhalt seines Beschäftigungsverhältnisses ist mit dem des Arbeitnehmers identisch, denn es erhält seine Lebensgrundlage und sichert das – wenn auch geminderte – Einkommen. Kündigt der Arbeitgeber den Beschäftigten der Einheit, soll diese Kündigung (sozial) gerechtfertigt sein. Eine Belastung des Arbeitgebers durch unproduktive Arbeitskräfte ist ausgeschlossen; der Arbeitgeber hat für die Erreichung des arbeitsförderungsrechtlichen Ziels zu sorgen. Eine analoge Anwendbarkeit des KSchG auf die Qualifizierungsverhältnisse, vorbehaltlich der sonstigen Voraussetzungen, ist daher zu bejahen.

[232] *V. Hoyningen-Huene/Linck*, KSchG Einleitung Rdnr. 4.

b) Geltungsbereich des KSchG

Problematisch ist, ob die betriebsorganisatorisch eigenständige Einheit die Voraussetzungen eines Betriebes i.S.d. KSchG erfüllt. Falls ja, müsste bei Erreichen des Schwellenwertes nach § 23 Abs. 1 KSchG (und Erfüllung der Wartezeit), die Arbeitgeber-Kündigung sozial gerechtfertigt sein.

aa) Betriebsorganisatorisch eigenständige Einheit als Betrieb i.S.d. § 23 Abs. 1 KSchG

Auch das Kündigungsschutzgesetz geht vom allgemeinen Betriebsbegriff der organisatorischen Einheit aus, innerhalb deren der Unternehmer allein oder in Gemeinschaft mit seinen Mitarbeitern mit Hilfe von sachlichen und immateriellen Mitteln bestimmte arbeitstechnische Zwecke fortgesetzt verfolgt[233]. Für den Betriebsbegriff des § 23 Abs. 1 KSchG ist in besonderem Maße die organisatorische Einheit von Bedeutung, also ob der Betrieb einer einheitlichen und eigenständigen (personellen) Leitung unterliegt[234] und, da der Schutz des einzelnen Arbeitnehmers vor sozial ungerechtfertigter Kündigung bezweckt ist, weniger die räumliche Einheit und arbeitstechnische Zwecksetzung des Betriebs. Nach seinem Wortlaut findet das KSchG ausdrücklich auch Anwendung auf Betriebe und Verwaltungen des öffentlichen Dienstes sowie auf Einrichtungen mit karitativer, erzieherischer, künstlerischer und religiöser Zielsetzung[235], mithin auch auf betriebsorganisatorisch eigenständige Einheiten, für die das Betriebsverfassungsgesetz wegen § 118 BetrVG nicht gilt.

Folgt daraus, dass interne betriebsorganisatorisch eigenständige Einheiten aufgrund einer eigenen personellen Leitung und organisatorischen Trennung zum personalabgebenden Betrieb stets auch Betriebe i.S.d. KSchG sind, ist das für externe Einheiten bei einer mehrere Einheiten umfassenden Transfergesellschaft

[233] Vgl. die Ausführungen zu § 2 III. 1. zur Frage, ob die ‚beE' ein Betrieb i.S.d. BetrVG ist.
[234] *V. Hoyningen-Huene/Linck*, KSchG § 23 Rdnr. 5.
[235] Ebenso KR/*Etzel*, § 1 KSchG Rdnr. 140; KR/*Weigand*, § 23 KSchG Rdnr. 34; *v. Hoyningen-Huene/Linck*, KSchG § 23 Rdnr. 8.

nicht notwendig der Fall. Nach ständiger Rechtsprechung des *BAG*[236] können mehrere Unternehmer einen Betrieb im kündigungsrechtlichen Sinne führen. Maßgebend ist, ob neben der Organisationseinheit eine einheitliche Betriebsleitung besteht, die auf einer rechtlichen Leitungsvereinbarung beruht. Eine betriebsorganisatorisch eigenständige Einheit als kündigungsschutzrechtlich gemeinsamer Betrieb mehrerer Unternehmen ist in der betrieblichen Praxis grundsätzlich möglich, jedoch selten anzutreffen. In der Regel werden die externen Einheiten mehrerer Unternehmen in eine Transfergesellschaft eingegliedert und bilden einen einzigen Betrieb i.S.d. § 23 Abs. 1 KSchG. Die Transfergesellschaft übernimmt die Leitung zusammenfassend für alle Einheiten und agiert so als neuer Arbeitgeber. Der bisherige Betrieb hat keinen Einfluss mehr auf die Geschicke der Transfergesellschaft, was dem Zweck der Rechtskonstruktion entspricht. Die interne betriebsorganisatorisch eigenständige Einheit ist somit stets Betrieb i.S.d. § 23 Abs. 1 KSchG; die einzelne externe Einheit nur, wenn sie einzige Einheit der Transfergesellschaft ist, andernfalls alle in die Transfergesellschaft eingegliederten Einheiten gemeinsam.

bb) Schwellenwert, § 23 Abs. 1 Satz 3 KSchG analog

Findet das KSchG auch in betriebsorganisatorisch eigenständigen Einheiten Anwendung, gelten nach § 23 Abs. 1 Satz 3 KSchG die für die ordentliche Arbeitgeber-Kündigung maßgeblichen Regelungen (§§ 1 ff. KSchG) in Kleinbetrieben nicht, wenn die regelmäßige Beschäftigtenzahl 10 und weniger ohne zur Berufsbildung Beschäftigten beträgt. Entscheidend ist, ob der regelmäßigen Beschäftigtenzahl auch Qualifizierungsnehmer hinzuzurechnen sind. Entscheidend ist der mit dem KSchG verfolgte Normzweck: Der einzelne Arbeitnehmer soll vor sozial ungerechtfertigten Kündigungen geschützt werden. Auch der Qualifizierungsnehmer hat ein schutzwürdiges Interesse am Bestand seines Qualifizierungsverhältnisses, so dass seine kündigungsrechtliche Situation mit derjenigen der Mitarbeiter, die Arbeitnehmer sind, vergleichbar ist. Ein Unterschied besteht hingegen zu den zu ihrer Berufsbildung Beschäftigten nach § 23 Abs. 1 Satz 3 2. HS KSchG.

[236] St. Rspr. des BAG und h.M. der Lit., vgl. die Nachweise bei *v. Hoyningen-Huene/Linck*, KSchG § 23 Fn. 50.

Es zählen hierzu vorwiegend Berufsausbildungen nach § 1 Abs. 1 BBiG, wozu das Qualifizierungsverhältnis nicht gerechnet wird, s.o. **§ 3 II. 3.** Hier steht die berufliche Ausbildung im Vordergrund, nicht die Arbeitsleistung und nicht die Qualifizierung für den (aktuellen ersten) Arbeitsmarkt. Kleinbetriebe sollen sich der Ausbildungsaufgabe widmen können, ohne Gefahr zu laufen, in den Geltungsbereich des KSchG zu fallen[237], also ohne dessen Belastungen ausgesetzt zu sein. Eine kündigungsschutzrechtliche Privilegierung ist daher nicht erforderlich. Die Qualifizierungs- und Vermittlungsleistung ist die Tätigkeit, auf deren erfolgreiche Durchführung der Arbeitgeber hinwirkt; sie ist arbeitstechnischer Zweck der Einheit. Zu den in der Regel Beschäftigten der Einheit in diesem Sinne zählen demnach sowohl die Mitarbeiter (Arbeitnehmer) als auch die Qualifizierungsnehmer. Sofern betriebsorganisatorisch eigenständige Einheiten nach § 216 b SGB III und damit erst nach dem 1.1.2004 gegründet sind, gilt der zweigeteilte Kündigungsschutz nicht. Ausschließlich eine regelmäßige Beschäftigtenzahl von 10 Arbeit- und Qualifizierungsnehmern begründet den Schwellenwert.

cc) Wartezeit, § 1 Abs. 1 KSchG analog

Ob vom Qualifizierungsnehmer entsprechend § 1 Abs. 1 KSchG die für die Anwendbarkeit des KSchG erforderliche Wartezeit von 6 Monaten zu erfüllen ist, erscheint im Hinblick auf den Normzweck der Vorschrift fraglich. Danach soll dem Arbeitnehmer erst nach gewisser Zeit und Zugehörigkeit zum Betrieb der Kündigungsschutz zugute kommen und dem Arbeitgeber soll ausreichend Zeit zur Verfügung stehen, den Arbeitnehmer zu erproben. Dieses gesetzgeberische Ziel ist nach Einrichtung einer betriebsorganisatorisch eigenständigen Einheit bei Qualifizierungsnehmern nicht mehr zu erreichen. Sie befinden sich maximal für die Existenzdauer der Einheit in einem Qualifizierungsverhältnis und der Arbeitgeber muss ihre Fähigkeiten nicht erproben. Lediglich die Mitarbeiter der Einheit, die vorübergehend dorthin versetzt wurden und nach deren Schließung im Unternehmen beschäftigt bleiben, sind vom Normzweck des § 1 Abs. 1 KSchG erfasst. Für Qualifizierungsnehmer hingegen scheidet eine Wartezeit entsprechend § 1 Abs. 1 KSchG aus.

[237] *V. Hoyningen-Huene/Linck*, KSchG § 23 Rdnr. 21.

dd) Zwischenergebnis

Das KSchG findet auf Qualifizierungsverhältnisse grundsätzlich Anwendung, entsprechend § 23 Abs. 1 Satz 3 KSchG jedoch nicht in betriebsorganisatorisch eigenständigen Einheiten mit 10 bzw. weniger Mitarbeitern und Qualifizierungsnehmern. Eine Wartezeit entsprechend § 1 Abs. 1 KSchG haben Qualifizierungsnehmer nicht zu erfüllen.

c) Kündigung im Geltungsbereich des KSchG

Findet das KSchG Anwendung, muss dies Kündigung muss sozial gerechtfertigt, also verhältnismäßig sein[238]. Ausfluss des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit ist bei der verhaltensbedingten Kündigung das Erfordernis einer vergeblichen Abmahnung[239]. Die verhaltensbedingte Kündigung ist in drei Stufen zu prüfen; sie setzt eine Verletzung vertraglicher Pflichten, eine einschlägige Abmahnung sowie eine Interessenabwägung voraus.

Eine Verletzung der vertraglichen Pflichten des Qualifizierungsnehmers kann in einer Schlechtleistung liegen, bspw. die vom Arbeitgeber angebotenen individuell zugeschnittenen Qualifizierungsmaßnahmen nicht anzunehmen, indem an den Veranstaltungen nicht teilgenommen wird, die vermittelten Kenntnisse nicht umgesetzt oder die Bewerbung bzw. vermittelten Vorstellungsgespräche nachlässig betrieben werden. Die Voraussetzung einer Kündigung bei Schlechtleistung des Qualifizierungsnehmers, also die mangelhafte Leistung nachzuweisen, ist schwierig. Der Inhalt der Qualifizierungsleistung richtet sich einerseits nach dem vom Arbeitgeber durch Ausübung seines Direktionsrechts festzulegenden Inhalt und andererseits nach dem persönlichen subjektiven Leistungsvermögen des Qualifizierungsnehmers; ein objektiver Maßstab ist nicht anzusetzen[240]. Der Qualifizierungsnehmer muss sich unter angemessener Ausschöpfung seiner persönlichen Leistungskräfte weiterbilden. Da der Qualifizierungsnehmer selbst Ziel seines Tä-

[238] H.M., vgl. Nachweise bei MünchArbR/*Berkowsky*, § 134 Rdnr. 62 ff. und *v. Hoyningen-Huene/Linck*, KSchG § 1 Rdnr. 139.
[239] BAG v. 21.2.2002, AP Nr. 26 zu § 611 BGB Abmahnung = BB 2001, S. 1902 (1904); BAG v. 10.11.1988, AP Nr. 3 zu § 1 KSchG 1969 Abmahnung = NZA 1989, S. 633 (634).
[240] Vgl. BAG v. 11.12.2003, www.bundesarbeitsgericht.de.

tigwerdens ist, scheinen objektivierbare Kriterien kaum anwendbar bei der Beurteilung, ob er bspw. Lerninhalte nicht umsetzt. Es müsste zudem abgegrenzt werden, ob der Qualifizierungsnehmer überhaupt die Fähigkeit zum Umsetzen der Lerninhalte hat. Die Frage muss also lauten: *„Will er nicht, oder kann er nicht?“*. Die nämlichen Schwierigkeiten bereitet die Beurteilung erfolgloser Vorstellungsgespräche. Hier müssen dem Arbeitgeber erkennbare Hinweise vorliegen, dass der Qualifizierungsnehmer seine persönliche Leistungsfähigkeit nicht ausschöpft. Eine objektive Betrachtung ist meist nicht möglich, da Beurteilungskriterien für oder gegen einen Arbeitsplatzbewerber auch dessen persönlicher Eindruck, also rein subjektive Elemente sind. Ist die Schlechtleistung dem Qualifizierungsnehmer anzulasten und nachweisbar, muss er durch die Abmahnung klar erkennen können, dass sein Verhalten missbilligt wird und dass durch sein Fehlverhalten das Qualifizierungsverhältnis gefährdet ist[241].

Im Rahmen der Interessenabwägung ist einerseits das Bedürfnis des Qualifizierungsnehmers zu berücksichtigen, sich aus einem bestehenden Beschäftigungsverhältnis zu bewerben, andererseits die Interessen des Arbeitgebers, die für jeden einzelnen Qualifizierungsnehmer aufgewendeten finanziellen und personellen Mittel zielgerichtet und nachhaltig einsetzen zu können. Insbesondere ist der Arbeitgeber daran interessiert, ersparte Mittel erhöht förderungsbedürftigen und -willigen Qualifizierungsnehmern zukommen zu lassen, um seine Vermittlungsquote insgesamt zu verbessern.

d) Kündigung außerhalb des Geltungsbereichs des KSchG

Findet das KSchG keine Anwendung, weil die betriebsorganisatorisch eigenständige Einheit ein Kleinbetrieb i.S.d. § 23 Abs. 1 Satz 3 KSchG ist, stellt sich die Frage, inwieweit gesetzliche Beschränkungen für eine Arbeitgeberkündigung bestehen können. Es gilt der Grundsatz der Kündigungsfreiheit. Der Arbeitgeber wird jedoch an § 138 BGB zu messen sein. Im Kleinbetrieb kann die Kündigung lediglich darauf überprüft werden, ob sie auf willkürlichen oder sachfremden Motiven

[241] Vgl. zur Warnfunktion der Abmahnung im Arbeitsverhältnis bspw. BAG v. 18.1.1980, AP Nr. 3 zu § 1 KSchG Verhaltensbedingte Kündigung = DB 1980, S. 1351 (1351); MünchKommBGB/*Henssler*, § 626 Rdnr. 94.

beruht und daher gegen §§ 138, 242 BGB i.V.m. Art. 3, 12 GG verstößt. Auch gilt der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit bei der verhaltensbedingten Kündigung außerhalb des KSchG nicht[242]; jede Kündigung ist ohne Abmahnung des Qualifizierungsnehmers wirksam. Zwar könnte nach Treu und Glauben (§ 242 BGB) eine vorherige vergebliche Abmahnung geboten sein, wenn sich der Arbeitgeber andernfalls mit der Kündigung in Widerspruch zu seinem bisherigen Verhalten setzen würde[243], weil der Arbeitnehmer annehmen darf, der Arbeitgeber sei mit seiner Leistung zufrieden; dies bleibt jedoch ein eng umgrenzter Ausnahmefall.

3. Ergebnis

Die ordentliche Kündigung ist von beiden Vertragspartnern in der betriebsorganisatorisch eigenständigen Einheit möglich. Auf die betriebsorganisatorisch eigenständige Einheit kann das KSchG Anwendung finden; in diesem Fall hat eine Arbeitgeberkündigung sozial gerechtfertigt zu sein.

IV. Die außerordentliche Kündigung, § 626 Abs. 1 BGB

Auch das Qualifizierungsverhältnis müsste als Dauerschuldverhältnis außerordentlich gekündigt werden können. Voraussetzung ist, dass ein Sachverhalt vorliegt, der an sich geeignet ist, einen wichtigen Grund zur Kündigung darzustellen[244]. Ist dies zu bejahen, muss eine umfassende Interessenabwägung unter Berücksichtigung aller vernünftigerweise in Betracht zu ziehenden Umstände des Einzelfalls ergeben, dass die Fortsetzung des Vertragsverhältnisses für den Kündigenden unzumutbar ist[245]. Für das Qualifizierungsverhältnis stellt sich die Frage, welche Sachverhalte für Qualifizierungsnehmer oder Arbeitgeber eine außerordentliche Kündigung rechtfertigen.

---

[242] BAG v. 21.2.2001, AP Nr. 26 zu § 611 BGB Abmahnung = BB 2001, S. 1902 (1904); ausführlich dazu *Powietzka*, S. 186 ff..

[243] BAG v. 29.7.1976, AP Nr. 9 zu § 1 KSchG Verhaltensbedingte Kündigung mit Anm. *Boden* = DB 1976, S. 2356 (2357).

[244] H.M. zum Arbeitsverhältnis vgl. BAG v. 15.11.1984, AP Nr. 87 zu § 626 BGB = NZA 1985, S. 661 (661); Stahlhacke/*Preis*, Rdnr. 612; KR/*Fischermeier*, § 626 BGB Rdnr. 87; APS/*Dörner*, KSchR § 626 BGB Rdnr. 57.

[245] St. Rspr. seit BAG v. 9.12.1954, AP Nr. 1 zu § 123 GewO mit Anm. *A. Hueck* = BAGE 1, 237 (239 f.).

1. Kündigung des Qualifizierungsnehmers

a) Vermittlung in neues Arbeitsverhältnis als wichtiger Grund i.S.d. § 626 Abs. 1 BGB

Die Vermittlung in ein neues Arbeitsverhältnis ist ein Kündigungsgrund, der eine ordentliche Kündigung des Qualifizierungsnehmers rechtfertigt, s.o. **III. 1. a)**. Mit einem neuen Arbeitsverhältnis ist Sinn und Zweck der betriebsorganisatorisch eigenständigen Einheit erreicht, der Abschluss eine Arbeitsvertrages muss daher erst recht einen wichtigen Grund für eine außerordentliche Kündigung darstellen. Die Qualifizierungsnehmer müssen die Einheit kurzfristig verlassen können, und zwar unabhängig davon, ob der Betroffene noch an laufenden Qualifizierungsmaßnahmen teilnimmt. Die Zusage eines neuen Arbeitsplatzes ist wegen der Besonderheit des Beschäftigungsverhältnisses in der betriebsorganisatorisch eigenständigen Einheit daher an sich geeignet, einen Grund für die außerordentliche Kündigung des Qualifizierungsverhältnisses darzustellen.

b) Interessenabwägung

Bei Vorliegen eines Sachverhaltes, der in der Regel die außerordentliche Kündigung des Qualifizierungsnehmers rechtfertigt, bleibt eine Abwägung der Umstände des Einzelfalls erforderlich, die auch die Interessen des Arbeitgebers berücksichtigt.

Trotz des Ziels einer möglichst raschen Vermittlung des Qualifizierungsnehmers in ein Arbeitsverhältnis, hat auch der Arbeitgeber ein berechtigtes Interesse daran, dass der Qualifizierungsnehmer nicht mit sofortiger Wirkung ausscheidet. Dazu gehört neben finanziellen Aspekten wegen Zurverfügungstellung von Betriebsmitteln, Qualifizierungs- und Vermittlungspersonal auch die Planungssicherheit. Es gebietet der Ultima-ratio-Grundsatz, der auch im Bereich des § 626 BGB Anwendung findet[246], auf die mildeste Maßnahme zurückzugreifen. Für die Wirksamkeit einer vom Arbeitnehmer erklärten fristlosen Kündigung gelten diesselben Maßstä-

[246] H.M., vgl. Stahlhacke/*Preis,* Rdnr. 820; ErfK/*Müller-Glöge*, § 626 BGB Rdnr. 44 ff.; MünchKommBGB/*Henssler*, § 626 Rdnr. 87.

be wie bei der fristlosen Kündigung durch den Arbeitgeber, d.h. die Interessenabwägung hat sich auf alle vernünftigerweise in Betracht kommenden Umstände zu erstrecken[247]. Für das Ausscheiden des Qualifizierungsnehmers aus der betriebsorganisatorisch eigenständigen Einheit bedeutet das, eine angemessene Frist zu beachten. Diese kann nicht der gesetzlichen (ordentlichen) Kündigungsfrist entsprechen, sondern die außerordentliche Kündigung muss aufgrund der Besonderheit des Qualifizierungsverhältnisses fristlos möglich sein.

c) Kein Ausschluss der Kündigung nach § 626 Abs. 2 BGB

Will der Qualifizierungsnehmer gemäß § 626 BGB außerordentlich kündigen, beginnt das neue Arbeitsverhältnis erst 3 Wochen später und wartet er mit seiner Kündigung bis zu diesem Zeitpunkt, stellt sich die Frage, ob für die außerordentliche fristlose Kündigung § 626 Abs. 2 BGB gilt und die Kündigung mit Ablauf der 2-Wochen-Frist ausgeschlossen ist oder der Qualifizierungsnehmer früher aus der Einheit ausscheiden muss. Die zeitliche Begrenzung der Ausübung des Kündigungsrechts dient vor allem dem Gebot der Rechtssicherheit[248]. Dieser Grundsatz stellt darauf ab, dass zwischen den Vertragsparteien nicht unangemessen lange Zeit ungewiss bleiben darf, ob aus einem von einem Vertragspartner verwirklichten kündigungsrechtlich relevanten Sachverhalt der andere Vertragsteil Konsequenzen zieht und das Vertragsverhältnis beendet, weil für ihn die Fortsetzung unzumutbar ist. Diese Konstellation ist im Qualifizierungsverhältnis nicht gegeben, wenn der Qualifizierungsnehmer aufgrund eines neuen Arbeitsverhältnisses die betriebsorganisatorisch eigenständige Einheit kurzfristig verlassen „muss“. Mit dem (kurzfristigen) Ausscheiden des Qualifizierungsnehmers aus der Einheit ist deren arbeitsförderungsrechtlicher Zweck erreicht; die außerordentliche Kündigung ist gerade keine Sanktion für eine Vertragsverletzung. Ihre Ausübung darf daher auch nicht zeitlich begrenzt sein. § 626 Abs. 2 BGB findet auf das Qualifizierungsverhältnis mithin keine Anwendung.

[247] KR/*Fischermeier*, § 626 BGB Rdnr. 149.
[248] ErfK/*Müller-Glöge*, § 626 BGB Rdnr. 246.

2. Kündigung des Arbeitgebers

Für den Arbeitgeber können im Verhältnis zum Qualifizierungsnehmer alle Sachverhalte herangezogen werden, die auch im Arbeitsverhältnis eine außerordentliche Kündigung rechtfertigen würden. Die häufigste Kündigung ist die verhaltensbedingte Kündigung.

a) Qualifizierungs- und Bewerbungsverweigerung als wichtiger Grund i.S.d. § 626 Abs. 1 BGB

Über die Intensität, mit der ein Qualifizierungsnehmer an Bildungsmaßnahmen teilzunehmen hat, können zwischen Arbeitgeber und Qualifizierungsnehmer unterschiedliche Ansichten bestehen. Für den Arbeitgeber stellt sich die Frage, ob eine Qualifizierungs- und Bewerbungsverweigerung als wichtiger Grund für die verhaltensbedingte Kündigung ausreicht. Grundsätzlich genügen solche im Verhalten des Arbeitnehmers liegenden Umstände, die bei verständiger Würdigung in Abwägung der Interessen der Vertragsparteien und des Betriebes die Kündigung als billigenswert und angemessen erscheinen lassen; dabei ist nicht von dem Standpunkt des jeweiligen Arbeitgebers auszugehen, vielmehr gilt ein objektiver Maßstab[249]. Die beharrliche Qualifizierungs- und Bewerbungsverweigerung ist an sich geeignet, eine außerordentliche fristlose Kündigung zu rechtfertigen. Dies gilt zu Recht nur, wenn der Qualifizierungsnehmer zu der verweigerten Leistung schuldrechtlich überhaupt verpflichtet war[250]. Vergleichsweise lassen sich hier die Maßstäbe des Arbeitsverhältnisses heranziehen. Unter dem Begriff der Leistungsverweigerung ist die bewusste, willentlich gesteuerte Nichtleistung der geschuldeten Arbeit zu verstehen[251]. Im Willen des Arbeitnehmers muss eine Nachhaltigkeit liegen, sodass er die ihm übertragene Arbeit bewusst und nachhaltig nicht leisten will, wobei es nicht genügt, dass der Arbeitnehmer eine Weisung unbeachtet lässt; die beharrliche Arbeitsverweigerung setzt vielmehr voraus, dass

[249] BAG v. 21.11.1996, AP Nr. 130 zu § 626 BGB = NZA 1997, S. 487 (490); BAG v. 31.1.1985, AP Nr. 6 zu § 8 a MuSchG 1968 mit Anm. *Bemm*.
[250] *Bernstein*, AP Nr. 130 zu § 626 BGB, Anm. zu BAG v. 21.11.1996; LAG Berlin v. 15.11.1962, DB 1963, S. 1123 (1123); Stahlhacke/*Preis*, Rdnr. 631; MünchArbR/*Wank*, § 137 Rdnr. 80.
[251] BAG v. 10.11.1993, AP Nr. 4 zu § 78 BetrVG 1972 = NZA 1994, S. 500 (502).

eine intensive Weigerung des Arbeitnehmers vorliegt[252].

Will man diese Grundsätze auf das Qualifizierungsverhältnis übertragen, wird deutlich, dass der Nachweis einer beharrlichen Qualifizierungs- und Bewerbungsverweigerung im Einzelfall problematisch sein kann. Nur wenn der Qualifizierungsnehmer konsequent an Weiterbildungsveranstaltungen und individuell auf ihn ausgerichteten Schulungen nicht teilnimmt bzw. keine Bewerbungen fertigt, ist die Feststellung der Pflichtverletzung objektiv möglich. Schwieriger ist es, dem teilnehmenden Qualifizierungsnehmer nachzuweisen, dass er Lerninhalte nicht umsetzt. Da der Qualifizierungsnehmer selbst Ziel seines Tätigwerdens ist, ist eine objektive Beurteilung in Abgrenzung zum personenbedingten Sachverhalt kaum möglich. Die gleichen Schwierigkeiten bereitet die Beurteilung von erfolglosen Vorstellungsgesprächen.

Die beharrliche Qualifizierungs- und Bewerbungsverweigerung ist grundsätzlich ein wichtiger Grund i.S.d. § 626 Abs. 1 BGB, sofern sie sich konkret nachweisen lässt.

b) Interessenabwägung

Liegt der wichtige Grund in Form einer Qualifizierungs- und Bewerbungsverweigerung vor, wäre zusätzlich eine Interessenabwägung erforderlich. Die Fortführung des Qualifizierungsverhältnisses muss dem Arbeitgeber unzumutbar geworden sein. Im Rahmen der Interessenabwägung sind Faktoren wie Schwerbehinderung, Lebensalter in Verbindung mit den Chancen auf dem Arbeitsmarkt, Unterhaltspflichten und der Grad des Verschuldens[253], insbesondere, ob ein entschuldbarer Irrtum des Qualifizierungsnehmers über die Notwendigkeit seiner Teilnahme an den Qualifizierungsmaßnahmen von Bedeutung.

Seit 1.1.2002 folgt die auch für den Fall der außerordentlichen Kündigung beste-

[252] Vgl. BAG v. 21.11.1996, AP Nr. 130 zu § 626 BGB mit Anm. *Bernstein* = NZA 1997, S. 487 (490); BAG v. 31.1.1985, AP Nr. 6 zu § 8 a MuSchG 1968 mit Anm. *Bemm*.

[253] BAG v. 14.2.1996, AP Nr. 26 zu § 626 BGB Verdacht strafbarer Handlung = NZA 1996, S. 873 (874); BAG v. 25.4.1991, AP Nr. 104 zu § 626 BGB = NZA 1992, S. 212 (215); KR/*Fischermeier*, § 626 BGB Rdnr. 242; vgl. auch Stahlhacke/*Preis*, S. 229 Rdnr. 615.

hende Abmahnungspflicht des Arbeitgebers, die ständige Rechtssprechung ist[254], unmittelbar aus § 314 Abs. 2 Satz 1 BGB. Eine Abmahnung ist bereits bei der ordentlichen Kündigung, die für die außerordentliche Kündigung das spezifisch mildere Mittel[255] ist, auf Geeignetheit und Möglichkeit zu überprüfen. Der Arbeitgeber setzt sich bei Ausspruch der Kündigung einem unnötigen Prozessrisiko aus, welches es zu vermeiden gilt.

c) Soziale Auslauffrist

Liegt seitens des Qualifizierungsnehmers eine wichtiger Grund, bspw. Arbeitsverweigerung, vor und ergibt die Interessenabwägung, dass die Fortsetzung des Qualifizierungsverhältnisses für den Arbeitgeber unzumutbar ist, könnte er außerordentlich fristlos kündigen. Je nach Einzelfall, bspw. wenn der Qualifizierungsnehmer nach zahlreichen Absagen und in schwieriger finanzieller Situation weitere Bewerbungsversuche für zwecklos hält und er durch seine Weigerung lediglich weiteren ihn frustrierenden Absagen entgehen will, kann es dem Arbeitgeber allerdings auch zugemutet werden, eine soziale Auslauffrist einzuhalten; es kann dies die vertraglich vereinbarte Kündigungsfrist sein.

d) Ausschluss der Kündigung nach § 626 Abs. 2 BGB

Der Arbeitgeber müsste die Ausschlussfrist des § 626 Abs. 2 BGB einzuhalten haben. Diese Frist steht bei der arbeitgeberseitigen verhaltensbedingten Kündigung nicht im Widerspruch zu Sinn und Zweck des Qualifizierungsverhältnisses, sondern beinhaltet eine Schutzfunktion für den Gekündigten[256], gleichzeitig richtigerweise auch eine Überlegungsfrist für den Kündigungsberechtigten[257]. Nach Ablauf der Frist greift die unwiderlegbare gesetzliche Vermutung ein, dass auch ein möglicherweise erheblicher wichtiger Grund nicht mehr geeignet ist, die Fortset-

[254] Vgl. BAG v. 18.10.2000, AP Nr. 169 zu § 626 BGB = NZA 2001, S. 383 (385); BAG v. 13.4.2000, AP Nr. 162 zu § 626 BGB mit Anm. *Höland* = NZA 2001, S. 277 (282); BAG v. 17.2.1994, AP Nr. 116 zu § 626 BGB = BB 1994, S. 1148 (1148).
[255] Vgl. Stahlhacke/*Preis*, Rdnr. 613 f. und Rdnr. 1181 ff..
[256] Zum Normzweck des § 626 Abs. 2 BGB bspw. BAG v. 17.8.1972, AP Nr. 4 zu § 626 BGB Ausschlussfrist mit Anm. *Söllner* = BAGE 24, 383 (393 f.); vgl. auch ErfK/*Müller-Glöge*, § 626 BGB Rdnr. 246 f..
[257] KR/*Fischermeier*, § 626 BGB Rdnr. 312; MünchKommBGB/*Henssler*, § 626 Rdnr. 282.

zung des Arbeitsverhältnisses unzumutbar zu machen.

Dies gilt in besonderem Maße für das Qualifizierungsverhältnis, das ohnehin auf eine kurze Dauer von 12 Monaten begrenzt ist bzw. bei Vermittlung in ein neues Arbeitsverhältnis vorzeitig enden kann. Der Arbeitgeber kann also damit rechnen, selbst wenn er die Kündigungsmöglichkeit aus dem verhaltensbedingten Grund der Arbeitsverweigerung verpasst, den Qualifizierungsnehmer dennoch auf absehbare Zeit entlassen zu können, wenn auch nicht mehr außerordentlich fristlos aus dem aktuellen Fehlverhalten.

3. Ergebnis

Aus der betriebsorganisatorisch eigenständigen Einheit können die Qualifizierungsnehmer durch außerordentliche Eigenkündigung oder Arbeitgeberkündigung ausscheiden.

V. Ruhen des Qualifizierungsverhältnisses

Ein weiterer Grund zum Ausscheiden aus der betriebsorganisatorisch eigenständigen Einheit könnte eine (vorübergehende) Beschäftigung des Qualifizierungsnehmers bei einem anderen Arbeitgeber sein. Das Qualifizierungsverhältnis würde währenddessen ruhen, § 216 b Abs. 6 Satz 3 und 4 SGB III. Danach kann eine geeignete Qualifizierungsmaßnahme für längstens 6 Monate auch bei einem anderen Arbeitgeber wahrgenommen werden[258]. Der Wortlaut der gesetzlichen Vorschrift verlangt lediglich eine Beschäftigung, so dass hierunter auch ein (befristetes) Arbeitsverhältnis fällt.

1. Suspendierung der Hauptleistungspflichten

Soll das Qualifizierungsverhältnis ruhen, müssen die Hauptleistungspflichten suspendiert werden. Hierzu ist eine vertragliche Vereinbarung zwischen den Parteien

[258] *Lembke*, BB 2004, S. 773 (775); *Growe*, AiB 1998, S. 260 (262); Küttner/*Kania*, Personalbuch 2006 (98) Rdnr. 3.

erforderlich. Die Beschäftigung bei einem anderen Arbeitgeber gilt als Weiterbildungsmaßnahme und befreit den Qualifizierungsnehmer für diesen Zeitraum von seiner Bewerbungspflicht. Während das Qualifizierungsverhältnis ruht, wird weder Transfer-Kurzarbeitergeld gewährt, noch ist der Arbeitgeber zu etwaiger Zuschusszahlung verpflichtet. Vergütungspflichtig ist der neue Arbeitgeber für die Dauer der Beschäftigung des Qualifizierungsnehmers.

2. Rückkehr in die betriebsorganisatorisch eigenständige Einheit

Ruhen die Hauptleistungspflichten des Qualifizierungsnehmers, leben diese wieder auf, wenn er in die betriebsorganisatorisch eigenständige Einheit zurückkehrt. Gemäß § 216 b Abs. 6 Satz 4 SGB III ist eine solche Rückkehr entsprechend dem Zweck des Qualifizierungsverhältnisses, nämlich dauerhafte Vermittlung in ein Arbeitsverhältnis möglich, wenn nach Ende der Beschäftigungszeit beim anderen Arbeitgeber dieses Ziel nicht erreicht wurde. Voraussetzung ist allerdings, dass die Einheit noch besteht. Der Qualifizierungsnehmer muss an weiteren Qualifizierungsmaßnahmen teilnehmen und sich erneut bewerben; seine Ansprüche auf Transfer-Kurzarbeitergeld und Zuschusszahlung des Arbeitgebers leben wieder auf.

3. Ergebnis

Scheidet der Qualifizierungsnehmer nur vorübergehend aus der betriebsorganisatorisch eigenständigen Einheit aus, ruht das Qualifizierungsverhältnis und kann bei Rückkehr wieder aufleben.

VI. Gesetzlicher Sonderkündigungsschutz

Würde eine Qualifizierungsnehmerin während des Beschäftigungsverhältnisses in der betriebsorganisatorisch eigenständigen Einheit schwanger oder möchten Qualifizierungsnehmer nach der Geburt eines Kindes ihren Anspruch auf Elternzeit geltend machen, stellt sich die Frage, ob für sie analog der Sonderkündigungsschutz nach § 9 MuSchG bzw. § 18 BErzGG, beginnt. Gleiches könnte für den Fall gelten, dass Qualifizierungsnehmer schwerbehindert i.S.d. § 2 SGB IX oder

ihnen gleichgestellt sind und der Kündigungsschutz nach § 91 SGB IX eingreift.

1. Mutterschutz, § 9 MuSchG und Elternzeit, § 18 BErzGG

Entsprechend § 9 Abs. 1 MuSchG könnte für Qualifizierungsnehmer während der Schwangerschaft und bis zum Ablauf von 4 Monaten nach der Entbindung sowie entsprechend § 18 Abs. 1 BErzGG ab dem Zeitpunkt, zu dem die Elternzeit begehrt wird, frühestens acht Wochen vor Beginn der Elternzeit, Kündigungsschutz bestehen. Letztgenannter Kündigungsschutz besteht für männliche und weibliche Arbeitnehmer[259]. Vom Normzweck der Vorschriften sind alle Arten der Arbeitgeberkündigungen erfasst, d.h. ordentliche wie außerordentliche, Änderungskündigungen, Kündigungen aus Anlass einer Betriebsstilllegung oder im Zuge von Massenentlassungen[260]. Eine entgegen § 9 MuSchG, § 18 BErzGG ausgesprochene Kündigung ist wegen § 134 BGB nichtig[261]. Ausnahmen bestehen nach § 9 Abs. 3 Satz 1 MuSchG, § 18 Abs. 1 Satz 2 BErzGG in besonderen Fällen. Zur Auslegung des unbestimmten Rechtsbegriffs kann auf die zu § 9 Abs. 3 MuSchG erlassenen Verwaltungsvorschriften einiger Länder und zu 18 Abs. 1 BErzGG erlassenen Allgemeinen Verwaltungsvorschriften zum Kündigungsschutz bei Erziehungsurlaub[262] des Bundes zurückgegriffen werden, wonach besonders schwere Verstöße des Arbeitnehmers gegen arbeitsvertragliche Pflichten oder vorsätzliche strafbare Handlungen ausnahmsweise eine Kündigung rechtfertigen können.

Diese Kündigungsschutzvorschriften lassen für das Qualifizierungsverhältnis eine verhaltensbedingte Kündigung nur bei schwerwiegendem Fehlverhalten zu. Nach dem Normzweck der Vorschriften sollen Frauen während der Schwangerschaft nicht mit der Sorge um den Arbeitsplatzverlust belastet werden[263], sowie Eltern während der Elternzeit ermöglicht werden, sich in der ersten Lebensphase des

---

[259] *Buchner/Becker*, Vor §§ 9 und 10 MuSchG Rdnr. 4.

[260] *Meisel/Sowka*, § 9 MuSchG Rdnr. 78, § 18 BErzGG Rdnr. 6; *Buchner/Becker*, § 9 MuSchG Rdnr. 19, § 18 BErzGG Rdnr. 6; KR/*Bader*, § 9 MuSchG Rdnr. 74.

[261] BAG v. 31.3.1993, AP Nr. 20 zu § 9 MuSchG 1968 = BB 1993, S. 1221 (1222).

[262] Erlaß v. 17.2.1953, RdA 1953, S. 324 zu § 9 MuSchG und Verwaltungsvorschriften v. 2.1.1986, BAnz. Nr. 1, S. 4 zu § 18 BErzGG.

[263] Etwas differenzierender BAG v. 31.3.1993, AP Nr. 20 zu § 9 MuSchG 1968 = BB 1993, S. 1221 (1222); BAG v. 26.4.1956, AP Nr. 5 zu § 9 MuSchG mit Anm. *A. Hueck* = BB 1956, S. 786 (786); vgl. KR/*Bader*, § 9 MuSchG Rdnr. 6.

Kindes um dessen Betreuung und Erziehung zu kümmern[264], und dabei der Arbeitsplatz als wirtschaftliche Existenzgrundlage erhalten bleiben. Dieser Schutz muss ihnen auch während des Qualifizierungsverhältnisses gewährt werden. Pflichtverletzungen des Qualifizierungsnehmers können daher nur bei schwersten Verfehlungen eine Kündigung rechtfertigen, bspw. bei einer beharrlichen Qualifizierungs- und Bewerbungsverweigerung trotz guter Vermittlungsaussichten. Wegen der Befristung oder auflösenden Bedingung, mit der das Qualifizierungsverhältnis ohnehin spätestens nach Ablauf von 12 Monaten endet, ist die Fortführung des Qualifizierungsverhältnisses für den Arbeitgeber im Zweifel nicht unzumutbar.

2. Schwerbehinderung, §§ 85, 91 SGB IX

Auch für schwerbehinderte Menschen könnte in der betriebsorganisatorisch eigenständigen Einheit ein gesetzlicher Kündigungsschutz bestehen. Schwerbehinderung kann entweder bei Eintritt in die Einheit schon vorliegen (und festgestellt sein) oder während der Beschäftigungszeit eintreten. Im Qualifizierungsverhältnis weniger bedeutsam als im Arbeitsverhältnis dürfte die Frage sein, ob die Schwerbehinderung zum Zeitpunkt der Kündigung gemäß § 69 Abs. 1 Satz 1 SGB IX festgestellt und dem Arbeitgeber bekannt sein muss oder ob eine Antragstellung bzw. rückwirkende Feststellung der Schwerbehinderung auf einen Zeitpunkt vor der Kündigung ausreicht[265]. Für letzteres spricht die arbeitsförderungsrechtliche Zielsetzung der betriebsorganisatorisch eigenständigen Einheit. Der Kündigungsschutz gilt (nach Erfüllung der erforderlichen Wartezeit nach § 90 Abs. 1 Nr. 1 SGB IX) für ordentliche wie außerordentliche Kündigungen, die zu ihrer Wirksamkeit der vorherigen Zustimmung des Integrationsamtes bedürfen, vgl. §§ 85 ff., 91 SGB IX. Er gilt nicht für andere Beendigungsgründe wie Befristungen oder auflösende Bedingungen. Neben der verhaltensbedingten Kündigung käme eine personenbedingte Kündigung wegen langandauernder Arbeitsunfähigkeit aufgrund der sozialen Prägung des Qualifizierungsverhältnisses und der kurzen vertraglichen Bindung eher nicht in Betracht.

[264] *Buchner/Becker*, § 18 BErzGG Rdnr. 2; KR/*Bader*, § 18 BErzGG Rdnr. 3.
[265] Vgl. die ausführlichen Nachweise von Rspr. und Lit. bei KR/*Etzel*, §§ 85-90 SGB IX Rdnr. 16 f..

3. Ergebnis

Die Kündigung unter gesetzlichem Sonderkündigungsschutz stehender Qualifizierungsnehmer ist bei Berücksichtigung der gesetzlichen Voraussetzungen zulässig.

§ 6 Die betriebsorganisatorisch eigenständige Einheit als Bestandteil des Transfersozialplans

Es stellt sich die Frage, ob und wie bei Personalanpassungsmaßnahmen die Einrichtung einer betriebsorganisatorisch eigenständigen Einheit in den Sozialplan beschäftigungswirksam und als unterstützendes Instrument integriert werden kann. Der Sozialplan regelt den Ausgleich oder die Milderung der wirtschaftlichen Nachteile, die den Arbeitnehmern infolge der geplanten Betriebsänderung entstehen, § 112 Abs. 1 Satz 2 BetrVG. Kommt eine Einigung über die Aufstellung des Sozialplan zwischen den Betriebspartnern nicht zustande, kann sie durch Spruch der Einigungsstelle ersetzt werden, sie ist mithin erzwingbar. Zu klären wird sein, mit welchem Inhalt diese Entscheidung erfolgen kann und welche Rechtsfolgen eintreten, wenn sich die tatsächlichen Umstände ändern, die Grundlage des Sozialplans und damit auch Grundlage für die Einrichtung der betriebsorganisatorisch eigenständigen Einheit waren.

I. Allgemeine Funktion des Transfersozialplans

Zu klären ist, welche Funktion dem Transfersozialplan zukommt. Schon der Wortlaut verdeutlicht, dass im Sozialplan ein Transfergedanke zum Ausdruck kommen muss. Gemeint ist der Transfer von Arbeitnehmern aus bisheriger in neue Beschäftigung, möglicherweise in eine Beschäftigung in der betriebsorganisatorisch eigenständigen Einheit. Nach § 112 Abs. 1 Satz 2 BetrVG sollen durch den Sozialplan die für die Arbeitnehmer entstehenden wirtschaftlichen Nachteile ausgeglichen werden. Rein rechtliche Nachteile wie bspw. die Beendigung des Arbeitsverhältnisses reichen nicht aus, ebensowenig wie immaterielle Nachteile[266]. Zum Teil wird in der Literatur vertreten, dass nur wesentliche wirtschaftliche Nachteile auszugleichen seien, arg. aus § 111 i.V.m. § 112 BetrVG[267]. Grundsätzlich möglich ist jedenfalls, dass der Sozialplan mangels (wesentlicher) wirtschaftlicher Nachteile überhaupt keine Leistungen an die Arbeitnehmer vorsieht.

[266] Richardi/*Annuß*, BetrVG § 112 Rdnr. 53/84; ErfK/*Kania*, §§ 112, 112 a BetrVG Rdnr. 12; DKK/*Däubler*, BetrVG §§ 112, 112 a Rdnr. 39; *Hanau*, ZfA 1974, S. 89 (101).
[267] *Stege/Weinspach*, BetrVG §§ 111-113 Rdnr. 133.

1. Abkehr vom Abfindungssozialplan

Der Transfergedanke des Transfersozialplans könnte eine Abkehr vom jahrelang praktizierten (Abfindungs-) Sozialplan bedeuten. Hierzu ist zunächst zu untersuchen, ob dessen Ziele denjenigen des Transfersozialplans wirklich entgegenstehen. Nicht einheitlich beurteilt wird die Frage, ob Leistungen aus einem (Abfindungs-) Sozialplan Entschädigungs- oder eine zukunftsbezogene Überbrückungsfunktion haben. Das *BAG* geht in Abkehr früherer Entscheidungen[268] nicht mehr davon aus, die Leistungen seien eine Entschädigung für den Verlust des Arbeitsplatzes bzw. eine nachträgliche Vergütung für in der Vergangenheit geleistete Dienste. Eine Entschädigungsfunktion i.d.S. würde voraussetzen, dass das Recht am Arbeitsplatz ein absolutes, eigentumsgleiches Recht ist, in das durch die geplante Betriebsänderung zwar rechtmäßig, aber mit Entschädigungspflicht eingegriffen wird. Diese Funktion der Sozialplanleistungen stünde im Widerspruch zu sonstigen arbeits- und betriebsverfassungsrechtlichen Entschädigungsregelungen. Sowohl §§ 9, 10 KSchG als auch § 113 BetrVG gewähren nur für die sozial nicht gerechtfertigte Beendigung des Arbeitsverhältnisses bzw. die betriebsverfassungswidrige Beendigung in Form des nicht versuchten Interessenausgleichs eine Entschädigung. Sogar § 1 a KSchG, der dem nicht klagenden Arbeitnehmer einen Abfindungs- (Entschädigungs-) Anspruch zuerkennt, will die Möglichkeit der – nicht geltend gemachten – Rechtswidrigkeit einer Kündigung vergüten. Diese Abfindungen haben im Gegensatz zu Sozialplanabfindungen Sanktionscharakter[269]. So betont das *BAG* nun die zukunftsbezogene Ausgleichs- und Überbrückungsfunktion, mit der die – künftigen – Nachteile des Arbeitnehmers als Folge der Betriebsänderung ausgeglichen werden sollen[270].

Dies wird in der Literatur kritisch gesehen[271]. Eine klare Trennung zwischen vergangenheitsbezogener Entschädigung und zukunftsorientierter Vorsorge und

[268] Z.B. BAG v. 13.12.1978, AP Nr. 6 zu § 112 BetrVG = BB 1979, S. 267 (270) mit Anm. *Lux* S. 282.

[269] So im Ergebnis auch *v. Hoyningen-Huene*, RdA 1986, S. 102 (107), der jedoch Sozialplanleistungen trotz fehlendem Strafcharakter eine Entschädigungsfunktion zuordnet.

[270] BAG v. 30.10.2001, AP Nr. 145 zu § 112 BetrVG 1972 mit abl. Anm. *v. Hoyningen-Huene*; BAG v. 9.11.1994, AP Nr. 85 zu § 112 BetrVG = NZA 1995, S. 644 (646); BAG v. 28.10.1992, AP Nr. 66 zu § 112 BetrVG 1972 = BB 1993, S. 506 Ls. (507).

[271] *V. Hoyningen-Huene*, BetrVR § 15 IV. 1. und Anm. zu BAG v. 30.10.2001; *Fitting*, BetrVG §§ 112, 112 a Rdnr. 102 ff; *Stege/Weinspach*, BetrVG §§ 111-113 Rdnr. 81; krit. Richardi/*Annuß*, BetrVG § 112 Rdnr. 52; *Meier*, NZA 1995, S. 769 (770).

Überbrückung sei nicht durchführbar. Die Nachteile, die ein Arbeitnehmer zukünftig durch die geplante Betriebsänderung zu erwarten habe, könnten nicht völlig isoliert von den in der Vergangenheit erworbenen Anwartschaften und anderen Besitzständen betrachtet werden. Zu berücksichtigen ist, dass schließlich derjenige Arbeitnehmer, der lange Zeit im Betrieb beschäftigt war, entsprechend zu dessen wirtschaftlichem Erfolg beigetragen hat. Selbst das *BAG* teilt trotz genereller Zukunftsorientiertheit diese Ansicht insoweit, als es zulässt, bei der Höhe der Sozialplanabfindung auf das Kriterium der Betriebszugehörigkeitsdauer abzustellen[272], nur eben nicht ausschließlich.

Die Einrichtung einer betriebsorganisatorisch eigenständigen Einheit und der Bezug von Transfer-Kurzarbeitergeld kann – sofern eine sozialplanpflichtige Betriebsänderung vorausgeht – nur im Rahmen eines Transfersozialplans geregelt werden, mit dem Ziel, fehlende Beschäftigungsmöglichkeiten abzufedern. Mit dem Grundgedanken dieses Sozialplans, in dem Abfindungszahlungen eine untergeordnete Rolle spielen, ist eine Entschädigungsfunktion von Sozialplanleistungen jedenfalls nicht vereinbar.

2. Transfergedanke des Transfersozialplans

Der Transfergedanke sollte im (Transfer-) Sozialplan vorrangig zum Ausdruck kommen. Im Sinne der Überbrückungsfunktion von Sozialplanleistungen werden anstelle von oder neben geringeren Abfindungen Leistungen und Maßnahmen vorzusehen sein, die den zu entlassenden Arbeitnehmern den Transfer in neue Beschäftigung erleichtern[273]. Dies gelingt insbesondere mit Einrichtung einer betriebsorganisatorisch eigenständigen Einheit, vgl. § 216 b Abs. 5 Satz 3 SGB III i.V.m. § 216 a Abs. 4 SGB III. Ziel ist es also, die vom Arbeitgeber dem Sozialplan zur Verfügung gestellten finanziellen Mittel für die Gründung einer betriebsorganisatorisch eigenständigen Einheit, und damit für einen Transfer der Arbeitnehmer von Beschäftigung in Beschäftigung (in der Einheit) zu verwenden. Denn allzu oft

[272] BAG v. 23.4.1985, AP Nr. 26 zu § 112 BetrVG 1972 = NJW 1986, S. 150 (151); BAG v. 14.8.2001, AP Nr. 142 zu § 112 BetrVG 1972 = NZA 2002, 451 (452); BAG v. 12.11.2002, AP Nr. 159 zu § 112 BetrVG 1972 = NZA 2003, S. 1287 (1289).
[273] Ausführlich hierzu *Herman*, S. 38 ff..

erwecken hohe Abfindungen bei den zu entlassenden Arbeitnehmern ein trügerisches Gefühl finanzieller Sicherheit, welches verhindert, dass sie sich aktiv um eine neue Beschäftigung bemühen. Die Abfindung in Form des „goldenen Handschlags“ veranlasst die betroffenen Arbeitnehmer in den seltensten Fällen, sofort in die eigene berufliche Qualifizierung zu investieren[274]. Diese muss daher im Interessenausgleich bzw. Sozialplan vereinbart werden. Die Betriebspartner können sich hinsichtlich möglicher Maßnahmen am Leistungskatalog der Arbeitsförderung, § 3 Abs. 1 Nr. 1-7, 12 SGB III, orientieren. Der Unternehmer darf sich indes nicht darauf beschränken, identische Maßnahmen anzubieten, vielmehr muss eine Optimierung bei Wahl und Ausgestaltung der Transfer- und Qualifizierungsmaßnahmen zu erwarten sein[275]. Der bisherige Arbeitgeber hat in der Regel detaillierte Kenntnisse über die in neue Beschäftigung zu vermittelnden Arbeitnehmer, die eine individuellere Betreuung gewährleisten. Als besonders geeignete Maßnahmen kommen die Transferleistungen nach §§ 216 a, 216 b SGB III in Betracht. Sie ermöglichen den betroffenen Arbeitnehmern die Wahrnehmung umfangreicher Qualifizierungs- und Weiterbildungsangebote. Die vom Unternehmer für den Sozialplan bereitgestellten, bisweilen recht erheblichen finanziellen Mittel können auf diese Weise beschäftigungswirksam eingesetzt werden, Arbeitslosigkeit kann vermieden werden. Diese Entwicklung wurde vom Gesetzgeber bereits dadurch gesteuert, dass Abfindungen bei vorzeitigem Ausscheiden teilweise zum Ruhen des Arbeitslosengeldanspruchs (§ 143 a SGB III) führen, eine Sperre verhängt werden kann (§ 144 SGB III) bzw. stärker besteuert werden (§§ 24, 2 i.V.m. § 3 Nr. 9 EStG).

3. Ergebnis

Im Mittelpunkt des Transfersozialplans stehen Regelungen, die den unmittelbaren Wechsel von Beschäftigung in Beschäftigung, also in der betriebsorganisatorisch eigenständigen Einheit bezwecken. Durch die Verwendung großer Teile der Sozialplanmittel wird die Gründung die Einheit ermöglicht.

[274] *Stindt*, FS für *Weinspach*, S. 147 (148).
[275] *Stindt*, FS für *Weinspach*, S. 147 (159 f.).

II. Inhalt des Transfersozialplans

Inwieweit die Einrichtung der betriebsorganisatorisch eigenständigen Einheit im Transfersozialplan geregelt werden kann, bestimmt sich zunächst danach, ob sich die Betriebspartner auf eine einvernehmliche Regelung einigen können oder ob von einem der Beteiligten die Einigungsstelle angerufen wird. Die Einigungsstelle hat die für sie geltenden Grundsätze der Ermessensausübung nach § 112 Abs. 5 BetrVG zu beachten, während die Betriebspartner einen weiteren Gestaltungsspielraum haben und in ihrer Regelungsbefugnis im wesentlichen frei sind.

1. Exklusivitätsverhältnis zwischen Interessenausgleich und Transfersozialplan

Zwischen den Regelungstatbeständen des Interessenausgleichs und des Transfersozialplans besteht ebenso wie beim (Abfindungs-) Sozialplan ein Exklusivitätsverhältnis; sie schließen sich gegenseitig aus[276]. Der Interessenausgleich verfolgt den einem Sozialplan vorgreifenden Zweck, die mit diesem auszugleichenden Nachteile erst gar nicht entstehen zu lassen. Das bedeutet nicht, dass ein Sozialplan nicht Regelungen enthalten kann, die eigentlich in einen Interessenausgleich gehören. Sind solche Vereinbarungen im Sozialplan getroffen worden, dann enthält dieser, unabhängig von seiner Bezeichnung und unabhängig, ob sich die Betriebspartner dessen bewusst sind, Teile eines einvernehmlichen Interessenausgleichs[277]. Der Sache nach ist dieser Teil des Sozialplans eine freiwillige Betriebsvereinbarung.

Da bei Einrichtung einer betriebsorganisatorisch eigenständigen Einheit in der Regel feststeht, welche Arbeitsplätze infolge der Betriebsänderung wegfallen oder bereits weggefallen sind, sind Regelungen über die Einrichtung nicht Teil des Interessenausgleichs, sondern des Sozialplans. Der Einritt der wirtschaftlichen Nachteile für die betroffenen Arbeitnehmer, der Verlust der Arbeitsplätze, ist zwingend und kann nicht mehr vermieden werden, da bereits zuvor alle innerbetrieblichen Möglichkeiten etc. im Rahmen der Interessenausgleichsverhandlungen aus-

[276] BAG v. 17.9.1991, AP Nr. 59 zu § 112 BetrVG 1972 = BB 1992, S. 1133 (1134); BGH v. 15.11.2000, NJW 2001, S. 439 (440); *Rumpff/Boewer*, S. 341 Rdnr. 6.
[277] BAG v. 17.9.1991 a.a.O.; *Fitting*, BetrVG §§ 112, 112 a Rdnr. 213.

geschöpft sein sollten. Es ist Ziel des Transfersozialplans, den Verlust der Arbeitsplätze für die Betroffenen auszugleichen bzw. zu mildern, vgl. § 112 Abs. 1 Satz 2 BetrVG. Den an sich betriebsbedingt zu kündigenden Arbeitnehmern soll die Begründung eines neuen Arbeitsverhältnis durch Verbesserung ihrer Vermittlungsfähigkeit außerhalb des bisherigen Unternehmens bzw. Konzerns erleichtert werden. Beabsichtigen die Betriebsparteien, einen Transfersozialplan zu vereinbaren, sollten bereits die Verhandlungen über den Interessenausgleich darauf abzielen.

2. Vereinbarter Sozialplan

Unproblematisch ist die Einrichtung einer betriebsorganisatorisch eigenständigen Einheit in einem vereinbarten Sozialplan. Die Betriebspartner müssen sich zwar in den Grenzen billigen Ermessens bewegen, können aber ansonsten frei entscheiden, welche durch die geplante Betriebsänderung entstehenden wirtschaftlichen Nachteile sie ausgleichen wollen. Freilich ist bei Einigung über die Einrichtung der betriebsorganisatorisch eigenständigen Einheit zwingendes Recht zu berücksichtigen, insbesondere der arbeitsrechtliche Gleichbehandlungsgrundsatz[278].

a) Arbeitsrechtlicher Gleichbehandlungsgrundsatz

Der Grundsatz gebietet dem Arbeitgeber, seine Arbeitnehmer oder Gruppen seiner Arbeitnehmer, die sich in vergleichbarer Lage befinden, gleich zu behandeln. Er verbietet nicht nur die willkürliche Schlechterstellung einzelner Arbeitnehmer innerhalb einer Gruppe, sondern auch eine sachfremde Gruppenbildung[279]. Danach ist es dem Arbeitgeber verwehrt, in seinem Betrieb einzelne oder Gruppen von Arbeitnehmern ohne sachlichen Grund von allgemein begünstigenden Regelungen auszunehmen oder sie schlechter zu stellen. Die Leistungsvoraussetzungen müssen so abgegrenzt werden, dass nicht sachwidrig oder willkürlich ein Teil

[278] Vgl. nur BAG v. 14.8.2001, AP Nr. 142 zu § 112 BetrVG 1972 = NZA 2002, S. 451 (452); *Fitting*, BetrVG §§ 112, 112 a Rdnr. 118.
[279] BAG v. 30.3.2004, AP Nr. 170 zu § 112 BetrVG 1972; BAG v. 19.8.1992, AP Nr. 102 zu § 242 BGB Gleichbehandlung = BB 1992, S. 2431 (2432).

der Arbeitnehmer von den Vergünstigungen ausgeschlossen wird[280]. Der Gleichbehandlungsgrundsatz ist auch anwendbar, wenn der Arbeitgeber aus Anlass einer Betriebsänderung freiwillig Abfindungen zahlt[281]. Die Ungleichbehandlung verschiedener Arbeitnehmergruppen bei freiwilligen Leistungen ist dann mit dem arbeitsrechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatz vereinbar, wenn die Unterscheidung nach dem Zweck der Leistung gerechtfertigt ist. Die Prüfung des sachlichen Grundes für eine Ausnahme von allgemein begünstigenden Leistungen muss sich an deren Zwecken orientieren[282].

b) Gleichbehandlungsgrundsatz beim Ausgleich wirtschaftlicher Nachteile

Der Arbeitgeber hat den arbeitsrechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatz auch beim Ausgleich wirtschaftlicher Nachteile zu beachten. Es steht ihm daher frei, im Sozialplan diejenigen von einer Abfindungszahlung auszunehmen, denen ein zumutbarer gleichwertiger anderer Arbeitsplatz im Unternehmen bzw. Konzern angeboten werden kann, unabhängig davon, ob sie diesen ablehnen oder nicht, oder die bereits eine „Anschlusstätigkeit“ gefunden haben[283]. Demnach ist es mit dem Gleichbehandlungsgrundsatz auch vereinbar, im Sozialplan bei der Zuerkennung von Ansprüchen zwischen Arbeitnehmern zu unterscheiden, die das Arbeitsverhältnis durch arbeitgeberseitige betriebsbedingte Kündigung beendet haben und solchen, die durch Aufhebungsvertrag oder Eigenkündigung ausgeschieden sind[284]. Bei letzteren darf der Arbeitgeber davon ausgehen, dass sie einen neuen Arbeitsplatz gefunden haben. Etwas anderes gilt, wenn der Arbeitgeber das Ausscheiden veranlasst hat. Eine solche Veranlassung zum Abschluss eines Aufhebungsvertrages oder zur Eigenkündigung liegt vor, wenn der Arbeitgeber beim Arbeitnehmer die objektiv berechtigte Annahme bewirkt hat, mit der eigenen Initiative zur Beendigung des Arbeitsverhältnisses komme er einer andernfalls

[280] BAG v. 26.10.1994, AP Nr. 167 zu § 611 BGB Gratifikation = BB 1995, S. 1411 (1412); BAG v. 25.11.1993, AP Nr. 114 zu § 242 BGB Gleichbehandlung = NZA 1994, S. 788 (789).
[281] BAG v. 25.11.1993 a.a.O..
[282] BAG v. 5.3.1980, AP Nr. 44 zu § 242 BGB Gleichbehandlung = BB 1980, S. 1269 (1270).
[283] BAG v. 17.2.1991, AP Nr. 11 zu § 112 BetrVG mit Anm. *Kraft* = BB 1981, S. 1092 (1094); *Herman*, S. 149.
[284] BAG v. 19.7.1995, AP Nr. 96 zu § 112 BetrVG 1972 mit Anm. *v. Hoyningen-Huene* = BB 1995, S. 2534 (2534).

notwendigen Kündigung des Arbeitgebers lediglich zuvor[285]. Davon ist bereits auszugehen, wenn der Arbeitgeber mitteilt, dass er nach Durchführung der Betriebsänderung keine Beschäftigungsmöglichkeit mehr für den Arbeitnehmer hat[286]. Bei einer derartigen arbeitgeberseitigen Veranlassung zur Eigenkündigung durch den Arbeitnehmer oder Abschluss eines Aufhebungsvertrages hat dieser einen Anspruch auf Zahlung einer Abfindung, wenn eine solche im Sozialplan für von der Betriebsänderung betroffene Arbeitnehmer festgelegt ist. Der sachliche Grund für diese Unterscheidung liegt darin, dass durch Aufhebungsvertrag ausscheidende Arbeitnehmer mit Zustimmung des Arbeitgebers den Betrieb verlassen. Der Arbeitgeber kann entscheiden, ob er den Arbeitnehmer noch für die ordnungsgemäße Durchführung der Betriebsänderung oder darüber hinaus benötigt. Kündigt der Arbeitnehmer selbst, verliert der Arbeitgeber unter Umständen Arbeitnehmer, die er noch eine gewisse Zeit benötigt und daher behalten möchte. Das Interesse des Arbeitgebers an einer geordneten Durchführung der Betriebsänderung und damit auch an der Weiterbeschäftigung bestimmter Arbeitnehmer können die Betriebspartner bei ihrer Regelung über Leistungen aus dem Sozialplan berücksichtigen[287]. Mit dem Gleichbehandlungsgrundsatz vereinbar ist daher eine Stichtagsregelung, wonach diejenigen Arbeitnehmer von Sozialplanleistungen und damit auch von der Möglichkeit eines Wechsels in die noch einzurichtende betriebsorganisatorisch eigenständige Einheit auszuschließen sind, die vor einem bestimmten Stichtag das Arbeitsverhältnis durch Aufhebungsvertrag oder Eigenkündigung beendet haben, auch wenn sie den Betrieb noch nicht verlassen haben. Nach dem vereinbarten Stichtag darf es jedoch keinen Unterschied machen, ob die Arbeitnehmer durch betriebsbedingte Kündigung oder durch Aufhebungsvertrag bzw. vom Arbeitgeber veranlasste Eigenkündigung des Arbeitnehmers ausscheiden. Dann nämlich ist das Ausscheiden durch die konkret geplante Betriebsänderung bedingt und somit vom Arbeitgeber veranlasst. Der Sozialplan dient dem Schutz der Arbeitnehmer und darf aus diesem Grund keine Regelun-

[285] BAG v. 23.9.2003, AP Nr. 43 zu § 113 BetrVG 1972 = DB 2004, S. 658 (659); BAG v. 28.10.1992, AP Nr. 63 zu § 112 BetrVG 1972 = BB 1993, S. 792 (793).

[286] BAG v. 29.10.2002, DB 2003, S. 2710 (2711 Ls.) = NZA 2003, S. 879 (879 Ls.); BAG v. 25.3.2003, NZA 2004, S. 64 (64 Ls.) = EzA § 112 BetrVG 2001 Nr. 6 und 1 AZR 170/02 sowie 1 AZR 171/02 – jeweils n.v..

[287] BAG v. 19.7.1995, AP Nr. 96 zu § 112 BetrVG 1972 mit Anm. *v. Hoyningen-Huene* = BB 1995, S. 2534 (2535) für den Fall einer geplanten Stilllegung eines Hotelbetriebes.

gen enthalten, die sich ausschließlich zu Lasten der Arbeitnehmer auswirken[288]. Bei der Ausgestaltung des Transfersozialplans ist daher abzuwägen, ob die Regelungen, die den direkten Wechsel der betroffenen Arbeitnehmer von Beschäftigung in Beschäftigung ermöglichen sollen, derartig benachteiligend sind.

3. Von der Einigungsstelle beschlossener Sozialplan

Kommt eine Einigung über den Inhalt des Sozialplans, insbesondere die Einrichtung einer betriebsorganisatorisch eigenständigen Einheit zwischen den Betriebspartnern nicht zustande, stellt sich die Frage, ob einer der Betriebspartner die Einrichtung der Einheit erzwingen kann. Zunächst könnte ebenso wie beim Interessenausgleich der Vorstand der Bundesagentur für Arbeit um Vermittlung ersucht werden, § 112 Abs. 2 Satz 1 BetrVG. Geschieht das nicht oder scheitert der Vermittlungsversuch, kann die Einigungsstelle angerufen werden. Ihr Spruch ersetzt nach § 112 Abs. 4 Satz 2 BetrVG verbindlich die Einigung zwischen Arbeitgeber und Betriebsrat.

a) Ermessensrahmen der Einigungsstelle, § 112 Abs. 5 BetrVG

Entscheidend ist, wie weit der Ermessensrahmen der Einigungsstelle reicht. Inhaltlich muss sich die Einigungsstelle – anders als die Betriebspartner beim vereinbarten Sozialplan – an § 112 Abs. 5 BetrVG ausrichten. Bei ihrer Entscheidung hat sie sowohl die sozialen Belange der betroffenen Arbeitnehmer als auch die wirtschaftliche Vertretbarkeit für das Unternehmen zu berücksichtigen. Sie ist an höherrangiges Recht und dabei insbesondere – ebenso wie die Betriebspartner beim vereinbarten Sozialplan – gemäß § 75 BetrVG an die Grundsätze von Recht und Billigkeit sowie den Gleichbehandlungsgrundsatz gebunden[289]. Konkretisiert wird dieses Ermessen durch die in § 112 Abs. 5 Satz 2 Nr. 1-3 BetrVG genannten Vorgaben, die die Funktion von Richtlinien für die Ausübung des Ermessens ha-

[288] BAG v. 7.8.1975, AP Nr. 169 zu § 242 BGB Ruhegehalt = BB 1975, S. 1390 (1391); ErfK/*Kania*, §§ 112, 112 a BetrVG Rdnr. 23 mit Beispielen; Richardi/*Annuß*, BetrVG § 112 Rdnr. 89; DKK/*Däubler*, BetrVG §§ 112, 112 a Rdnr. 43.

[289] Vgl. st. Rspr. des BAG zur Beachtung des Gleichbehandlungsgrundsatzes beim vereinbarten Sozialplan BAG v. 5.10.2000, AP Nr. 141 zu § 112 BetrVG = NZA 2001, S. 849 (853); *Fitting*, BetrVG §§ 112, 112 a Rdnr. 214; BAG v. 17.4.1996, AP Nr. 101 zu § 112 BetrVG 1972 = NZA 1996, S. 1113 (1114 f.).

ben[290], indem sie dessen Grenzen abstecken; ihre Nichtbeachtung macht den Spruch der Einigungsstelle ermessensfehlerhaft. Der Betriebsrat wäre berechtigt, bei Gericht nach § 76 Abs. 5 Satz 4 BetrVG die Unwirksamkeit der Betriebsvereinbarung (des Spruchs der Einigungsstelle) feststellen zu lassen.

b) Verhältnis von § 112 Abs. 5 Satz 2 Nr. 1-3 BetrVG zu § 2 Abs. 2 Satz 2 SGB III und § 92 a BetrVG

Durch ihren Spruch tritt die Einigungsstelle in die Position der Betriebspartner und müsste daher auch deren gesetzliche Verpflichtungen berücksichtigen. Nach § 2 Abs. 2 Satz 1 SGB III haben die Arbeitgeber bei ihren Entscheidungen verantwortungsvoll deren Auswirkungen auf die Beschäftigung der Arbeitnehmer und von Arbeitslosen und damit die Inanspruchnahme von Leistungen nach dem SGB III einzubeziehen. Insbesondere sollen vorrangig durch betriebliche Maßnahmen Entlassungen vermieden werden, § 2 Abs. 2 Satz 2 Nr. 2 SGB III. Demgegenüber ist das Vorschlagsrecht des Betriebsrats zur Beschäftigungssicherung nach § 92 a BetrVG zu sehen. Das BetrVG definiert die Begriffe der Beschäftigungsförderung und Beschäftigungssicherung nicht, sondern nennt in § 92 a Abs. 1 Satz 2 BetrVG lediglich Beispiele. Es können Vorschläge zu Arbeitsorganisation, Arbeitszeitflexibilisierung, Investitions- und Produktionsprogrammen oder Alternativen zu Outsourcing-Vorhaben unterbreitet werden, insbesondere und vor allem auch Maßnahmen der aktiven Arbeitsförderung nach § 3 SGB III[291].

Gagel sieht den Kriterienkatalog in § 112 Abs. 5 BetrVG durch § 2 SGB III ergänzt und konkretisiert[292]. Abfindungen kämen danach nur noch in Betracht, wenn andere Maßnahmen nicht erfolgversprechend seien oder bspw. wegen fortgeschrittenen Alters der Nutzen nicht mehr in angemessenem Verhältnis zum Aufwand stehe. Dem muss mit *Gaul/Kliemt*[293] entgegengehalten werden, dass § 2 SGB III lediglich als eine sozialversicherungsrechtliche Auslegungsprärogative anzusehen ist, aus der keine eigenständigen gesetzlichen Verpflichtungen für die Betriebs-

[290] BAG v. 26.5.1988, AP Nr. 26 zu § 76 BetrVG 1972 = AR-Blattei ES 1470 Nr. 32; BAG v. 14.9.1994, AP Nr. 87 zu § 112 BetrVG 1972 = BB 1995, S. 407 (408).
[291] *Fitting*, BetrVG § 92 a Rdnr. 8; *Wendeling-Schröder/Welkoborsky*, NZA 2002, S. 1370 (1373 f.).
[292] *Gagel*, BB 2001, S. 358 (361).
[293] *Gaul/Kliemt*, NZA 2000, S. 674 (676).

partner erwachsen, mithin ebensowenig für die Einigungsstelle.

Gleiches gilt für § 92 a BetrVG. Er räumt dem Betriebsrat kein allgemeines arbeitsmarktpolitisches Mandat ein, ist kein Mitbestimmungsrecht[294]. Das Vorschlagsrecht ist betriebsbezogen[295] und – wie sich schon aus seiner systematischen Stellung ergibt – Konkretisierung der gesetzlichen Pflichten des Betriebsrats aus § 80 Abs. 1 Nr. 8 BetrVG. Vorschläge zur Sicherung und Förderung der Beschäftigung sollen im Rahmen einer vertrauensvollen Zusammenarbeit der Betriebspartner umfassend beraten werden. Mangels rechtlicher Verpflichtung hieraus, ganz bestimmte beschäftigungsfördernde Maßnahmen durchzuführen, kann auch der Einigungsstelle ein solches Recht, das weiter reichen würde, als wenn sich die Betriebspartner einvernehmlich über den Sozialplaninhalt einigen würden, nicht zukommen.

c) Soziale Belange der betroffenen Arbeitnehmer und wirtschaftliche Vertretbarkeit der Entscheidung, § 112 Abs. 5 Satz 1 BetrVG

Die sozialen Belange der Arbeitnehmer bestimmen den Sozialplanbedarf. Gleichzeitig werden die sozialen Belange durch die wirtschaftlichen Nachteile begrenzt, d.h. die Einigungsstelle darf in ihrem Spruch keine Leistungen für Arbeitnehmer vorsehen, die über die tatsächlich entstandenen wirtschaftlichen Nachteile hinausgehen bzw. gar nicht entstanden sind und mit Sicherheit auch künftig nicht entstehen werden[296]. Die Einigungsstelle hat zudem darauf zu achten, dass das Gesamtvolumen des Sozialplans für das Unternehmen wirtschaftlich vertretbar bleibt. Die wirtschaftliche Vertretbarkeit bildet eine zusätzliche Ermessensgrenze, die einschneidende Belastungen des Unternehmens bis an den Rand der Bestandsgefährdung zulässt [297]. Abstrakt kann nicht definiert werden, ob ein Sozialplan wirtschaftlich vertretbar ist oder nicht. Einziger Bezugspunkt ist der Abfin-

[294] *Fitting*, BetrVG § 92 a Rdnr. 6; ErfK/*Kania*, § 92 a BetrVG Rdnr. 1; Richardi/*Thüsing*, BetrVG § 92 a Rdnr. 6.

[295] Soweit der Gesetzgeber in BT-Drs. 14/5741, S. 49 von Produktions- und Investitionsprogramm des Unternehmens spricht, ist von einem redaktionellen Versehen auszugehen.

[296] Vgl. BAG v. 6.5.2003, AP Nr. 161 zu § 112 BetrVG 1972 = BB 2004, S. 218 (221); BAG v. 25.1.2000, AP Nr. 137 zu § 112 BetrVG 1972 = BB 2000, S. 2261 (2261); BAG v. 10.12.1996, AP Nr. 110 zu § 112 BetrVG = BB 1997, S. 1587 (1587); GK-BetrVG/*Oetker*, §§ 112, 112 a Rdnr. 307; Richardi/*Annuß*, BetrVG § 112 Rdnr. 141.

[297] BAG v. 6.5.2003 a.a.O..

dungsbedarf der von der Betriebsänderung betroffenen Arbeitnehmer, so dass die wirtschaftliche Vertretbarkeit nur eine Korrekturfunktion in Bezug auf den Abfindungsbedarf darstellt[298]. Sozialplanmindernde und -erhöhende Faktoren müssen im Rahmen einer Unternehmensbewertung gegeneinander abgewogen werden[299]. Nur auf diese Weise können die Sozialplanmittel bestimmt werden, bei deren Abfluss der Bestand des Unternehmens nicht gefährdet wird. Diese Bewertung lässt sich sinnvoll durch ein Sachverständigengutachten vornehmen[300].

d) Gegebenheiten des Einzelfalls, § 112 Abs. 5 Satz 2 Nr. 1 BetrVG

Die Einigungsstelle soll beim Ausgleich oder bei der Milderung der wirtschaftlichen Nachteile Leistungen vorsehen, die in der Regel den Gegebenheiten des Einzelfalls Rechnung tragen. Solche sind insbesondere die Einkommensminderung, Wegfall von Sonderleistungen oder Verlust von Anwartschaften auf betriebliche Altersvorsorge, Umzugskosten oder erhöhte Fahrtkosten. Die Arbeitnehmer sind demnach unterschiedlich nach ihren typisch individuellen Situationen betroffen, wie z.B. Lebensalter, den familiären Belastungen, besonderen sozialen Umständen, eventuell besonderen persönlichen Eigenschaften wie Schwerbehindertenstatus. Wenn unabhängig von diesen individuellen Gegebenheiten der Arbeitnehmer im Sozialplan pauschale Abfindungen festgesetzt werden, stellt dies eine Ermessensüberschreitung der Einigungsstelle dar; der Sozialplan ist mithin unwirksam[301].

e) Aussichten auf dem Arbeitsmarkt und Zumutbarkeit der Weiterbeschäftigung, § 112 Abs. 5 Satz 2 Nr. 2 BetrVG

Wenn Abfindungen im Mittelpunkt stehen, hat der Sozialplan die Aussichten der betroffenen Arbeitnehmer auf dem Arbeitsmarkt zu berücksichtigen, § 112 Abs. 5 Satz 2 Nr. 2 Satz 1 BetrVG.

---

[298] *V. Hoyningen-Huene*, RdA 1986, S. 102 (103).
[299] Ausführlich zu den Faktoren *v. Hoyningen-Huene*, RdA 1986, S. 102 (108 ff.).
[300] Vgl. BGH v. 24.9.1984, NJW 1985, S. 192 (193) bzgl. Bewertung des Beteiligungswerts einer KG zur Bestimmung einer Abfindung für ausscheidenden Kommanditisten.
[301] BAG v. 14.9.1994, AP Nr. 87 zu § 112 BetrVG 1972 = BB 1995, S. 407 (408).

aa) Aussichten auf dem Arbeitsmarkt

Es ist eine Prognose zu entwerfen. Die Aussichten auf dem Arbeitsmarkt sind für die Arbeitnehmer je nach Lebensalter, familienbedingter Einschränkung der Mobilität, der Berufsgruppe, Ausbildung, Fähigkeiten, Qualifikationen, besondere Merkmale wie Schwerbehinderteneigenschaft o.ä. differenziert zu beurteilen. Auch arbeitsmarktbedingte Umstände in der jeweiligen Region können eine unterschiedliche Betroffenheit der Arbeitnehmer zur Folge haben[302]. Daraus lässt sich eine Verpflichtung der Einigungsstelle entnehmen, die Aussichten der betroffenen Arbeitnehmer am Arbeitsmarkt durch die Sozialplanleistungen zu verbessern.

bb) Zumutbarkeit der Weiterbeschäftigung

Nach § 112 Abs. 5 Satz 2 Nr. 2 Satz 2 BetrVG sollen Arbeitnehmer von Leistungen des Sozialplans ausgeschlossen werden, die in einem zumutbaren Arbeitsverhältnis in demselben oder einem anderen Betrieb des Unternehmens oder eines zum Konzern gehörenden Unternehmens weiterbeschäftigt werden können und die Weiterbeschäftigung ablehnen. Gleiches gilt, wenn Arbeitnehmer bei Betriebsübergang dem Übergang ihrer Arbeitsverhältnisse ohne triftigen Grund widersprechen und so die Weiterbeschäftigung unmöglich machen. Denn in diesem Fall ist davon auszugehen, dass ein betroffener Arbeitnehmer auf einem zumutbaren Arbeitsplatz weiterbeschäftigt werden kann; für die Zumutbarkeit spricht insbesondere, dass dem Arbeitnehmer sein bisher innegehaltener Arbeitsplatz in dem identischen Betrieb erhalten bleibt[303]. Umgekehrt bedeutet das nicht, dass die Einigungsstelle gehalten ist, jedem Arbeitnehmer Leistungen aus dem Sozialplan zukommen zu lassen, wenn ein zumutbarer anderer Arbeitsplatz im Sinne des Gesetzes angeboten wird[304]. Welcher Arbeitsplatz in diesem Sinne zumutbar ist, bestimmt die Einigungsstelle ebenfalls im Rahmen ihres Ermessensspielrau-

[302] BAG v. 14.9.1994, AP Nr. 87 zu § 112 BetrVG 1972 = BB 1995, S. 407 (408) = NZA 1995, S. 440 (442); *Fitting*, BetrVG §§ 112, 112 a Rdnr. 226; *Löwisch/Kaiser*, BetrVG § 112 Rdnr. 31.

[303] *Fitting*, BetrVG §§ 112, 112 a Rdnr. 228; ähnlich GK-BetrVG/*Oetker*, §§ 112, 112 a Rdnr. 331; zum vereinbarten Sozialplan BAG v. 5.2.1997, AP Nr. 112 zu § 112 BetrVG 1972 = BB 1997, S. 2167 (2168).

[304] BAG v. 28.9.1988, AP Nr. 47 zu § 112 BetrVG 1972 = BB 1989, S. 498 (499).

mes. Zumutbar sind in der Regel gleichwertige Arbeitsbedingungen[305], sowohl in finanzieller als auch beruflicher Hinsicht.

cc) Beschäftigung in der betriebsorganisatorisch eigenständigen Einheit zumutbar?

Es stellt sich die Frage, ob ein Arbeitsplatz in einer internen betriebsorganisatorisch eigenständigen Einheit oder Transfergesellschaft ein zumutbarer Arbeitsplatz i.S.d. § 112 Abs. 5 Satz 2 Nr. 2 BetrVG ist.

Möglicherweise sind die Zumutbarkeitsregelungen des § 121 SGB III maßgebend. Dazu müssten mit § 112 Abs. 5 Satz 2 Nr. 2 BetrVG und § 121 SGB III vergleichbare Regelungsziele verfolgt werden. § 121 SGB III beurteilt die Zumutbarkeit einer Beschäftigung für einen Arbeitslosen nach seiner Arbeitsfähigkeit. Dabei findet verstärkt der Umstand Berücksichtigung, dass durch Lohnersatzleistungen die Allgemeinheit der Beitragszahler belastet wird. Folglich sind an die Zumutbarkeit einer Tätigkeit für den Einzelnen geringe Anforderungen zu stellen. Anders zu bewerten ist die Zumutbarkeit einer Tätigkeit im Rahmen des § 112 Abs. 5 Satz 2 Nr. 2 Satz 2 BetrVG. Hier ist lediglich entscheidend, ob die Ablehnung eines Angebots auf Weiterbeschäftigung an einem anderen Arbeitsplatz die Versagung von Sozialplanleistungen rechtfertigt. Berücksichtigt werden müssen berufliche Qualifikationen und eine vergleichbare Vergütung; zumindest muss sie der bisherigen tariflichen Eingruppierung entsprechen[306]. Eine etwas geringere Vergütung steht der Zumutbarkeit nicht entgegen[307]. Der Begriff der Zumutbarkeit in § 121 SGB III hat folglich eine andere Bedeutung als in § 112 Abs. 5 Satz 2 Nr. 2 Satz 2 BetrVG. Die für § 121 SGB III geltenden Zumutbarkeitsregelungen sind somit nicht, mangels vergleichbarer Interessenlage auch nicht analog maßgebend[308].

Entscheidend ist, ob unter der Berücksichtigung des Normzwecks von § 112 Abs. 5 Satz 2 Nr. 2 Satz 2 BetrVG eine Tätigkeit in der betriebsorganisatorisch eigen-

[305] GK-BetrVG/*Oetker*, §§ 112, 112 a Rdnr. 333; Richardi/*Annuß*, BetrVG § 112 Rdnr. 156 f.; ErfK/*Kania*, §§ 112, 112 a BetrVG Rdnr. 35.
[306] *Fitting*, BetrVG §§ 112, 112 a Rdnr. 230.
[307] BAG v. 28.9.1988, AP Nr. 47 zu § 112 BetrVG 1972 = BB 1989, S. 498 (500).
[308] GK-BetrVG/*Oetker*, §§ 112, 112 a Rdnr. 335; ErfK/*Kania*, §§ 112, 112 a BetrVG Rdnr. 34; Eicher/Schlegel/*Estelmann*, SGB III § 216 b Rdnr. 123; a.A. HSWG/*Hess*, BetrVG § 112 Rdnr. 159 und auch Niesel/*Roeder*, SGB III § 216 b Rdnr. 11.

ständigen Einheit zumutbar wäre. Hiergegen spricht, dass in der Einheit keine gleichwertigen Arbeitsbedingungen in beruflicher Hinsicht bestehen. Bzgl. ihrer bisherigen Tätigkeiten ist für die Qualifizierungsnehmer „Kurzarbeit Null“ vereinbart, die Betroffenen üben die erlernten Tätigkeiten nicht mehr aus, müssen sich qualifizieren und weiterbilden und erhalten auch für dieses ‚Nicht-mehr-Tätigsein’ Kurzarbeitergeld. Die Arbeitsbedingungen innerhalb der betriebsorganisatorisch eigenständigen Einheit sind mit denen der bisherigen Tätigkeit nicht mehr vergleichbar, schon gar nicht gleichwertig. Ein solches Tätigkeitsangebot bietet daher keine zumutbare Weiterbeschäftigung. Arbeitsplatzangebote eines anderen Arbeitgebers (bei einer Transfergesellschaft) fallen ohnehin nicht unter den Tatbestand des § 112 Abs. 5 Satz 2 Nr. 2 Satz 2 BetrVG. Die Grenzen der Zumutbarkeit entsprechend der Tätigkeit in einer internen betriebsorganisatorisch eigenständigen Einheit gelten auch hier. Eine Anschlussbeschäftigung in einer Transfergesellschaft kann allerdings im Rahmen der Aussichten des Arbeitnehmers auf dem Arbeitsmarkt als Beschäftigungsangebot eines anderen Arbeitgebers außerhalb des Unternehmens/Konzerns durchaus eine Rolle spielen[309], nämlich wenn die Arbeitsmarktsituation schlecht ist.

Nach *BAG* vom 28.9.1988[310] könnte die Einigungsstelle die Voraussetzungen der Zumutbarkeit im Sozialplan selbst festlegen, so dass bei Ablehnung eines nach dem Sozialplan zumutbaren Arbeitsplatzes selbst dann Leistungen aus diesem verwehrt werden könnten, wenn der Arbeitsplatz i.S.d. Gesetzes nicht zumutbar war. Die Beschäftigungsbedingungen in einer betriebsorganisatorisch eigenständigen Einheit weichen indes zu stark von denen eines Produktions- oder Dienstleistungsbetriebes ab, als dass sie von den Betriebspartnern als zumutbar vereinbart werden könnten. Erst recht muss diese Möglichkeit der Einigungsstelle entzogen sein.

f) Fördermöglichkeiten nach dem SGB III, § 112 Abs. 5 Satz 2 Nr. 2 a BetrVG

Die Einigungsstelle soll gemäß § 112 Abs. 5 Satz 2 Nr. 2 a BetrVG insbesondere

[309] GK-BetrVG/*Oetker*, §§ 112, 112 a Rdnr. 332; HSWG/*Hess*, BetrVG § 112 Rdnr. 156.
[310] BAG v. 28.9.1988, AP Nr. 47 zu § 112 BetrVG 1972 = BB 1989, S. 498 (499).

die im SGB III vorgesehenen Förderungsmöglichkeiten zur Vermeidung von Arbeitslosigkeit berücksichtigen. Darunter fallen die Transferleistungen, §§ 216 a, 216 b SGB III. Beide Förderinstrumente sind auf die Wiedereingliederung der Arbeitnehmer in den Arbeitsmarkt gerichtet. Es stellt sich die Frage, ob und inwieweit deren Aufnahme in den Sozialplan erzwungen werden kann.

aa) Reichweite der Berücksichtigungspflicht

Zunächst ist die Reichweite der Berücksichtigungspflicht zu untersuchen. Aufgrund der aus § 112 Abs. 5 Satz 1 BetrVG folgenden Pflicht zu ermessensfehlerfreier Entscheidung, muss die Einigungsstelle sich über die Anwendbarkeit und Wirkungsweise dieser Förderinstrumente bei der Bundesagentur für Arbeit informieren, in ihre Beratungen mit einbeziehen[311] und im Einzelfall Gestaltungen erwägen, die es dem Arbeitnehmer ermöglichen, im Betrieb zu verbleiben oder möglichst schnell wieder auf dem Arbeitsmarkt Fuß zu fassen[312]. Diese Pflicht soll dazu führen, auch bei erzwingbaren Sozialplänen vermehrt von den Abfindungs- zu den Transfersozialplänen überzugehen. Die bisweilen erheblichen finanziellen Sozialplanmittel können zur Weiterbildung und Qualifizierung und damit nicht mehr ausschließlich zur Abfindung, sondern beschäftigungswirksam eingesetzt werden.

Problematisch ist, dass die Einigungsstelle einerseits der in § 112 Abs. 5 Satz 1 BetrVG normierten Pflicht zu ermessensfehlerfreier Entscheidung unterliegt, also die in Abs. 5 Satz 2 Nr. 2 a genannten Fördermöglichkeiten des SGB III in ihre Entscheidung einfließen lassen muss, andererseits strikt zwischen Regelungen des Interessenausgleichs und solchen über den Ausgleich und die Milderung der wirtschaftlichen Nachteile für die betroffenen Arbeitnehmer trennen muss. Eine Änderung der Unternehmerentscheidung, bspw. geringeren Personalabbau vorzunehmen, kann die Einigungsstelle nicht herbeiführen, nur deren Auswirkungen mildern. Von weitreichender Bedeutung ist daher die Frage, ob die Einigungsstelle

[311] *Löwisch/Kaiser*, BetrVG § 112 Rdnr. 43 f.; *Gaul/Bonanni/Otto*, DB 2003, S. 2386 (2390); *Herman*, S. 123 f..

[312] *Gaul/Kliemt*, NZA 2000, S. 674 (676) noch zu den bis 1.1.2004 geltenden Zuschüssen zu Sozialplanmaßnahmen und Strukturkurzarbeitergeld.

den Arbeitgeber verpflichten kann, eine betriebsorganisatorisch eigenständige Einheit einzurichten, um den Betroffenen den Bezug von Transfer-Kurzarbeitergeld zu ermöglichen.

bb) Erzwingbare Einrichtung einer betriebsorganisatorisch eigenständigen Einheit?

Eine Verpflichtung des Arbeitgebers zur Einrichtung einer internen Einheit hätte eine Veränderung/Erweiterung des bisherigen Betriebszwecks und die Pflicht zur Fortsetzung von Beschäftigungsverhältnissen in Form von Qualifizierungsverhältnissen zur Folge. Arbeitnehmer des Unternehmens müssten für die Leitung der Einheit abgeordnet werden; deren Arbeitskraft kommt für die Dauer der Abordnung dem bisherigen Betrieb nicht zugute. Die Verpflichtung, eine externe (neue) betriebsorganisatorisch eigenständige Einheit bei einer bestehenden oder noch zu gründenden Transfergesellschaft einzurichten, ist möglicherweise ein unzulässiger Eingriff in die unternehmerische Entscheidungsfreiheit des Arbeitgebers[313].

Sachgerecht ist es daher, zu differenzieren: Soweit der Arbeitgeber lediglich Geldmittel zur Verfügung stellen soll, um eine betriebsorganisatorisch eigenständige Einheit bei einer externen Transfergesellschaft einzurichten oder sich an einer solchen zu beteiligen, wird in sein unternehmerisches Konzept nicht eingegriffen. Die betroffenen Arbeitnehmer scheiden aus dem bisherigen Unternehmen aus. Keine andere Rechtsfolge wäre eingetreten, wenn die Einigungsstelle über die Aufstellung eines Abfindungssozialplans entschieden hätte. Diese Lösung ist wirtschaftlich gesehen sinnvoll. Etwas anderes gilt indes, wenn der Unternehmer durch die Einigungsstelle gezwungen werden soll, eine interne betriebsorganisatorisch eigenständige Einheit einzurichten. Der Arbeitgeber würde damit verpflichtet, Weiterbildungsmaßnahmen durchzuführen, mit der Folge einer Änderung des Gesamtbetriebszwecks; er müsste sogar die Beschäftigungsverhältnisse mit den (eigentlich zu entlassenden) Arbeitnehmern fortführen[314] und an sich benötigte Ar-

[313] *Fitting*, BetrVG §§ 112, 112 a Rdnr. 238; GK-BetrVG/*Oetker*, §§ 112, 112 a Rdnr. 341, *Stück*, MDR 2005, S. 361 (366); Richardi/*Annuß*, BetrVG § 112 Rdnr. 163; *Gaul/Bonanni/Otto*, DB 2003, S. 2386 (2390); *Lingemann*, NZA 2002, S. 934 (941).

[314] So im Ergebnis auch *Gaul/Kliemt*, NZA 2000, S. 674 (677); Küttner/*Kania*, Personalbuch 2006 (98) Rdnr. 8; *Gaul/Bonanni/Otto*, DB 2003, S. 2386 (2390); allgemein gehalten *Löwisch/Kaiser*, BetrVG § 112 Rdnr. 44 f.; a.A. *Bachner/Schindele*, NZA 1999, S. 130 (134) allerdings ohne die Möglichkeit der hier vorgenommenen Differenzierung zu diskutieren.

beitnehmer in die Einheit abordnen. Dies wäre ein Eingriff in die unternehmerische Entscheidungsfreiheit; die Einigungsstelle kann hierüber nicht entscheiden.

g) Fortbestand des Unternehmens, § 112 Abs. 5 Satz 2 Nr. 3 BetrVG

Die Einigungsstelle muss bei der Bemessung des Gesamtbetrags der Sozialplanleistungen darauf achten, dass weder der Fortbestand des Unternehmens noch die nach Durchführung der Betriebsänderung verbleibenden Arbeitsplätze gefährdet werden. Diese Grenze ist nicht identisch mit der Frage, ob der Sozialplan i.S.d. § 112 Abs. 5 Satz 1 BetrVG wirtschaftlich vertretbar ist. Sie stellt vielmehr die äußerste Grenze der Vertretbarkeit dar[315]. Ein Sozialplan, der nicht den Fortbestand des Unternehmens gefährdet, kann dennoch wirtschaftlich unvertretbar sein; beide Kriterien bedürfen somit einer Abwägung. Eine betragsmäßige Höchstgrenze bzgl. der Sozialplanleistungen verlangt das Gesetz nicht; eine analoge Anwendung des § 113 BetrVG mit Abfindungshöchstgrenzen, die sich an § 10 KSchG orientieren, scheiden mangels gesetzlicher Regelungslücke aus[316]. Zudem unterscheiden sich die Normzwecke der Vorschriften: § 113 BetrVG i.V.m. § 10 KSchG verfolgt einen Sanktionszweck, während § 112 Abs. 5 Satz 2 Nr. 3 BetrVG den Abbau weiterer Arbeitsplätze verhindern will. Überhöhte Sozialplanleistungen können neben den durch die Betriebsänderung ohnehin wegfallenden Arbeitsplätzen zu weiteren Entlassungen führen, wenn mangels Liquidität, Kreditwürdigkeit des Unternehmens seine Fortführung insgesamt gefährdet ist oder weiterer Stellenabbau droht. Ob eine Sozialplandotierung den Fortbestand des Unternehmens in Gefahr bringt oder nicht, kann im Einzelfall schwierig zu beantworten sein und bedarf dann eines betriebswirtschaftlichen Sachverständigengutachtens[317]. Da die Zielsetzung des Transfersozialplan nicht in erster Linie auf Abfindungsleistungen gerichtet ist, dürfen bei seiner Aufstellung auch die Kofinanzierungsmöglichkeiten durch die Arbeitsverwaltung berücksichtigt werden. Der Unternehmer hat jedoch die finanziellen Folgen seiner Entscheidung in erster Linie

[315] *Fitting*, BetrVG §§ 112, 112 a Rdnr. 241.

[316] BAG v. 27.10.1987, AP Nr. 41 zu § 112 BetrVG 1972 = BB 1988, S. 761 (763); BAG v. 6.5.2003, BB 2004, S. 218 (221); *Fitting*, BetrVG §§ 112, 112 a Rdnr. 242; Richardi/*Annuß*, BetrVG § 112 Rdnr. 165, MünchArbR/*Matthes*, § 362 Rdnr. 34; einschränkend GK-BetrVG/*Oetker*, §§ 112, 112 a Rdnr. 343 f..

[317] *V. Hoyningen-Huene*, RdA 1986, S. 102 (110) zur Beurteilung der wirtschaftlichen Vertretbarkeit; Richardi/*Annuß*, BetrVG § 112 Rdnr. 167.

selbst bzw. mit seinem Unternehmen zu tragen. Wurde im Sozialplan die Einrichtung einer betriebsorganisatorisch eigenständigen Einheit vereinbart, ist zwar die Leistung ‚Transfer-Kurzarbeitergeld' bei der Dotierung mit einzubeziehen, jedoch dürfen die finanziellen Lasten des Sozialplans nicht vollständig auf die Arbeitsverwaltung und damit auf die Solidargemeinschaft der Beitragszahler verschoben werden[318]. Eine ausreichende Eigenbeteiligung des Unternehmens bleibt erforderlich. Da im Vorfeld eines Spruchs der Einigungsstelle über den Sozialplan mit der Arbeitsverwaltung Beratungen über die Gewährung von Transfer-Kurzarbeitergeld geführt werden müssen, wird in der Regel eine angemessene Eigenbeteiligung des betroffenen Unternehmens vereinbart und besteht bspw. in – den Einsparungen durch die arbeitsförderungsrechtlichen Leistungen entsprechenden – höheren Abfindungsleistungen für ausscheidende Arbeitnehmer, die nicht in die betriebsorganisatorisch eigenständige Einheit wechseln, in Prämienleistungen für die in die Einheit wechselnden Arbeitnehmer oder in einer festen finanziellen Ausstattung der Einheit, die von der Anzahl der dorthin wechselnden Arbeitnehmer unabhängig ist. Wechselt nur eine geringe Anzahl in die betriebsorganisatorisch eigenständige Einheit, kommt die bessere Finanzausstattung den Qualifizierungsmaßnahmen zugute, mit denen die Effizienz der Vermittlungsbemühungen erhöht wird.

4. Ergebnis

Die Einrichtung einer betriebsorganisatorisch eigenständigen Einheit muss von den Betriebspartnern vereinbart werden, die Einigungsstelle kann trotz Ausschöpfung ihres Ermessensrahmens, § 112 Abs. 5 BetrVG, eine solche Einrichtung nicht durch ihren Spruch festlegen. Lediglich die Bereitstellung der hierfür erforderlichen Finanzmittel, die ansonsten in einen Abfindungssozialplan fließen würden, kann durch die Einigungsstelle festgelegt werden.

III. Rechtswirkungen des Transfersozialplans

Für Arbeitnehmer wie Arbeitgeber ist von Interesse, welche Rechtswirkungen die

[318] Zum bis 1.1.2004 geltenden arbeitsförderungsrechtlichen Instrument der „Zuschüsse zu Sozialplanmaßnahmen" im Gesetzentwurf des AFRG v. 18.6.1996 BT-Drs. 13/4941, S. 198.

Regelungen des Sozialplan für ihn haben, wenn die Einrichtung einer betriebsorganisatorisch eigenständigen Einheit vereinbart wurde. Die Rechtsnatur des Sozialplans ist im BetrVG nicht ausdrücklich bestimmt. Nach § 112 Abs. 2 Satz 3 BetrVG hat er die Wirkung einer Betriebsvereinbarung. In Rechtsprechung und Literatur wird daher einhellig davon ausgegangen, dass der Sozialplan eine Betriebsvereinbarung besonderer Art[319] ist, die aufgrund ihrer Besonderheit nach den für Tarifverträge geltenden Grundsätzen[320] und nicht nach §§ 133, 157 BGB wie privatrechtliche Verträge, ausgelegt wird.

1. Kein Tarifvorbehalt

Den Regelungen des Sozialplans über die Einrichtung einer betriebsorganisatorisch eigenständigen Einheit dürfen keine geltenden Tarifbestimmungen entgegen. Eine Besonderheit von Sozialplänen ist, dass der Tarifvorbehalt des § 77 Abs. 3 BetrVG auf sie keine Anwendung findet, vgl. § 112 Abs. 1 Satz 4 BetrVG. In Sozialplänen können daher auch Regelungen getroffen werden, die von einem geltenden Tarifvertrag abweichen. Der Tarifvorbehalt gilt jedoch dann, wenn der Sozialplan nicht nur Regelungen enthält, die auf die Milderung oder den Ausgleich der durch eine konkrete Betriebsänderung entstehenden wirtschaftlichen Nachteile gerichtet ist. Rahmensozialpläne bspw. legen wie tarifliche Rationalisierungsschutzabkommen im voraus fest, welche Leistungen den Arbeitnehmern im Falle einer Betriebsänderung zukommen sollen. Sie enthalten also generell-abstrakt formulierte Verfahrens- und Sachgrundsätze, die für die Aufstellung konkreter Sozialpläne eine Rolle spielen sollen[321], die je nach Art der Regelung der späteren Ausfüllung bedürfen[322]. Diese freiwillig vereinbarte Form der Sozialpläne ist nur zulässig, soweit Tarifverträge keine Regelung enthalten oder den Abschluss von Rahmensozialplänen (durch Öffnungsklauseln) gestatten, andernfalls sind sogar günstigere Rahmensozialpläne aufgrund der Regelungssperre des § 77 Abs. 3 BetrVG unzulässig.

---

[319] BAG v. 16.3.1994, AP Nr. 75 zu § 112 BetrVG 1972 = NZA 1994, S. 1147 (1148); BAG v. 5.2.1997, AP Nr. 112 zu § 112 BetrVG 1972 = BB 1997, S. 2167 (2168); BAG v. 15.12.1998, AP Nr. 126 zu § 112 BetrVG 1972 = NZA 1999, S. 667 (667 f.); BAG v. 12.11.2002, AP Nr. 155 zu § 112 BetrVG 1972 = BB 2003, S. 2401 (2402); GK-BetrVG/*Oetker*, §§ 112, 112 a Rdnr. 112.

[320] Wie vor., Fn. 319.

[321] *Rumpff/Boewer*, S. 370 Rdnr. 78.

[322] *V. Hoyningen-Huene*, BetrVR § 15 IV 2..

Da die Regelungen zur Einrichtung einer betriebsorganisatorisch eigenständigen Einheit ausschließlich den Arbeitsplatzverlust und die Einkommenseinbußen abmildern bzw. ausgleichen, steht diesen Regelungen kein Tarifvorbehalt entgegen.

2. Günstigkeitsprinzip

Konkurrieren Bestimmungen des Sozialplans mit tarifvertraglichen Regelungen, stellt sich die Frage, welche Regelungen Geltung erlangen. Grundsätzlich entscheidet das Günstigkeitsprinzip. Die Sozialplanbestimmungen müssen vom Tarifvertrag zugunsten des Arbeitnehmers abweichen. Ungünstigere als die tarifvertraglichen Regelungen können gelten, wenn der Tarifvertrag entsprechende Öffnungsklauseln für Sozialpläne enthält[323]. Bei individualvertraglicher Bezugnahme auf einen Tarifvertrag werden die einzelvertragliche Abrede und die Ansprüche aus dem Sozialplan dem Günstigkeitsvergleich unterzogen. Somit ist entscheidend, ob die Einrichtung einer betriebsorganisatorisch eigenständigen Einheit bzw. die Aufnahme eines Qualifizierungsverhältnisses günstiger i.d.S. ist.

a) Vergleichszeitpunkt

Beim Vergleichszeitpunkt ist grundsätzlich auf den Moment abzustellen, zu dem sich Betriebsvereinbarung (Sozialplan) und Individualabrede (Arbeits- /Aufhebungsvertrag) erstmals konkurrierend gegenüberstehen[324]. Zu diesem Zeitpunkt, also von vornherein absehbar, muss feststehen, dass die von der Betriebsvereinbarung (Sozialplan) abweichende Regelung für den Arbeitnehmer günstiger ist[325].

b) Sachgruppenvergleich

Beim Günstigkeitsvergleich darf nicht die „Rosinentheorie“[326] angewandt werden.

[323] BAG v. 11.7.1995, AP Nr. 10 zu § 1 TVG Tarifverträge: Versicherungsgewerbe = NZA 1996, S. 264 (265).
[324] GK-BetrVG/*Kreutz*, § 77 Rdnr. 248; *Löwisch/Rieble*, TVG § 4 Rdnr. 314.
[325] BAG v. 12. 4.1972 – 4 AZR 211/71 – AP Nr. 13 zu § 4 TVG Günstigkeitsprinzip mit Anm. *Wiedemann* = BB 1972, S. 797 (797).
[326] *Fitting*, BetrVG §§ 112, 112 a Rdnr. 179; DKK/*Däubler*, BetrVG §§ 112, 112 a Rdnr. 54.

Vielmehr ist ein entsprechender Sachgruppenvergleich vorzunehmen[327], wie bei § 4 Abs. 3 TVG üblich. Beim Vergleich von unterschiedlichen Leistungen kommt es darauf an, dass diese funktional äquivalent sind[328]. Der Günstigkeitsvergleich entfällt, wenn die zu vergleichenden Leistungen mit unterschiedlichen Gegenleistungen verbunden sind. Bei wiederkehrenden Leistungen ist ein überschaubarer Zeitraum zugrunde zu legen, mittelbare Fernwirkungen bleiben wegen der Unsicherheit einer Prognose regelmäßig außer Betracht. Leistungen Dritter, wie bspw. Transfer-Kurzarbeitergeld, können in den Günstigkeitsvergleich einbezogen werden, wenn sie bei sämtlichen zu vergleichenden möglichen Kausalverläufen berücksichtigt werden[329]. Nicht vergleichbar sind mangels funktionaler Gleichwertigkeit der gegenüberstehenden Leistungen Sozialplanabfindungen und die mit dem Eintritt in eine Transfergesellschaft verbundenen Ansprüche, da die Leistungen jeweils unterschiedliche Gegenleistungen verlangen[330]. Keinem direkten Vergleich zugänglich sind daher der Abschluss eines Qualifizierungsvertrages einschließlich der damit verbundenen Ansprüche und das Ausscheiden aus dem Unternehmen ohne Qualifizierungsvertrag mit einer Abfindung.

3. Betriebsorganisatorisch eigenständige Einheit versus Abfindung

Vereinbaren die Betriebspartner aufgrund der geplanten Betriebsänderung einen Sozialplan, in dem für alle aufgrund der Maßnahme ausscheidenden Arbeitnehmer eine Abfindung festgelegt wird, ist in der Regel unerheblich, ob dem Arbeitnehmer gekündigt wird, eine Eigenkündigung oder ein einvernehmliches Ausscheiden vorliegt. Entschließt sich der Arbeitnehmer nach Einrichtung einer internen oder externen betriebsorganisatorisch eigenständigen Einheit in diese überzuwechseln, muss er entweder einen Änderungsvertrag oder einen dreiseitigen Vertrag abschließen. Regelmäßig ist in diesen Verträgen eine Verzichtserklärung hinsichtlich aller aus dem bisherigen Arbeitsverhältnis resultierenden Ansprüche

[327] Insb. BAG v. 20.4.1999, AP Nr. 89 zu Art. 9 GG mit Anm. *Richardi* = NZA 1999, S. 887 (893) unter III.1.b) mit krit. Anm. von *Buchner*, *Bauer*, *Wohlfahrt* (NZA 1999), *Friant* (NZA 2000); GK-BetrVG/*Fabricius/Oetker*, §§ 112, 112 a Rdnr. 125.

[328] St. Rspr. vgl. zuletzt BAG v. 30.4.2004, AP Nr. 170 zu § 112 BetrVG 1972.

[329] BAG v. 30.4.2004 a.a.O.; BAG v. 27.1.2004, AP Nr. 166 zu § 112 BetrVG 1972 = BB 2004, S. 1282 (1284); krit. Anm. hierzu *Löwisch/Geisenberger*, RdA 2005, S. 45 (45 f.).

[330] Vgl. BAG v. 30.4.2004, AP Nr. 170 zu § 112 BetrVG 1972; BAG v. 27.1.2004, AP Nr. 166 zu § 112 BetrVG 1972 = BB 2004, S. 1282 (1284).

enthalten. War der Arbeitnehmer unter arbeitsvertraglicher Bezugnahme auf den geltenden und einschlägigen Tarifvertrag beschäftigt, führt dieser Verzicht zu einem Günstigkeitsvergleich zwischen der Abfindungszahlung aus dem Sozialplan und den Zahlungen, die der Arbeitnehmer aufgrund des Wechsels in die betriebsorganisatorisch eigenständige Einheit erhält, also Transfer-Kurzarbeitergeld zzgl. eventueller Aufstockungszahlungen durch den (neuen) Arbeitgeber.

Bei dieser Konstellation sind zwei Punkte zu beachten[331]: Aufgrund der zahlreichen Pflichten, die dem Arbeitnehmer bei einem Wechsel in eine Transfergesellschaft auferlegt sind, insbesondere Teilnahme an Qualifizierungsmaßnahmen und Vermittlungsbemühungen, ist der neue Arbeitsvertrag mit Verzicht auf die Sozialplanleistung keine objektiv günstigere Regelung als die bloße Entgegennahme von Sozialplanleistungen, da letztere an keine Gegenleistung geknüpft ist. Hinzu kommt der geldbetragsmäßige Unterschied zwischen den Leistungen, zumal der Arbeitnehmer ohne freiwilliges Ausscheiden im Zweifel noch Arbeitsvergütung für die Dauer der Kündigungsfrist erhalten hätte. Dennoch ist in die Überlegungen mit einzubeziehen, dass die Beschäftigung in der betriebsorganisatorisch eigenständigen Einheit faktisch eine Form der Beschäftigungssicherung ist, die verhindert, dass die Betroffenen, die vorbehaltlich einer Sozialauswahl entlassen worden wären, arbeitslos werden. Eine Vergleichbarkeit der sich gegenüberstehenden Leistungen kann im Einzelfall schwierig sein. Für den Verzicht auf die Sozialplanleistung muss wegen § 77 Abs. 4 Satz 2 BetrVG die Zustimmung des Betriebsrats vorliegen (durch ordnungsgemäßen Beschluss), auch wenn der Verzicht im Sozialplan vereinbart ist. Fehlende Zustimmung oder fehlender ordnungsgemäßer Verzichtsbeschluss haben beides die Unwirksamkeit des Verzichts zur Folge.

Soweit die Rechtsfolge der Unwirksamkeit des Verzichts nicht schon zum Wegfall der Geschäftsgrundlage des Sozialplans führt und der Arbeitgeber dessen Anpassung verlangt, kann sie zur Folge haben, dass Arbeitnehmern trotz Wechsel in eine Transfergesellschaft zusätzlich Ansprüche auf Sozialplanleistungen erhalten bleiben, obwohl diese hierdurch gerade vermieden werden sollten. *Lö-*

[331] Sachverhalt der Entscheidung des BAG v. 27.1.2004 nachgebildet.

wisch/Geisenberger[332] gehen zurecht davon aus, dass als Folge des unwirksamen Verzichts dem Arbeitnehmer nicht kumulativ ein Anspruch auf Leistungen aus dem Sozialplan und aus dem Aufhebungsvertrag (Qualifizierungsvertrag) zustehen kann, sondern eine Störung der Geschäftsgrundlage des Sozialplans vorliegt. Im Ergebnis kann dies zu einem Überschreiten der Sozialplandotierung führen, so dass seine wirtschaftliche Vertretbarkeit sowohl für das Unternehmen wie die verbleibenden Beschäftigten in Frage gestellt ist.

4. Ergebnis

Die Regelungen des Transfersozialplans unterliegen dem Günstigkeitsvergleich. Eine Beschäftigung in der betriebsorganisatorisch eigenständigen Einheit kann grundsätzlich nicht mit einer ungewissen Beschäftigung im bisherigen Betrieb und Abfindungsansprüchen aus dem Sozialplan verglichen werden, da bei einem Wechsel in die Einheit Gegenleistungen zu erbringen sind und auf Zahlungsansprüche verzichtet wird. Gehen die Betriebsparteien im Sozialplan von einer Vergleichbarkeit aus, obwohl diese nicht vorliegt, führt dies zur Störung, im Einzelfall zum Wegfall der Geschäftsgrundlage des Sozialplans. Er bedarf sodann der Anpassung.

IV. Kündigung und Änderung eines Transfersozialplans

Fraglich ist, inwieweit Handlungsmöglichkeiten für die Betriebspartner bestehen, wenn sich die tatsächlichen Umstände, die dem Transfersozialplan ursprünglich zugrunde lagen, umfassend ändern oder zum Zeitpunkt der Festlegung nicht absehbar waren und der Sozialplan bei Kenntnis dieser Änderungen so nicht zustande gekommen wäre. Ein für eine bestimmte Betriebsänderung vereinbarter Transfersozialplan gilt grundsätzlich für deren gesamte Durchführungsdauer. Er endet, wenn sein Zweck erreicht ist, regelmäßig mit Auszahlung der für die betroffenen Arbeitnehmer vorgesehenen Abfindungsleistungen. Da die Betriebsänderung einige Zeit in Anspruch nehmen kann und die Einrichtung einer betriebsorganisatorisch eigenständigen Einheit in der Regel Vorlauf benötigt, können sich

[332] *Löwisch/Geisenberger*, RdA 2005, S. 45 (46).

die tatsächlichen Umstände, die Grundlage des Sozialplans waren, ändern. Bspw. kann das ursprüngliche Unternehmen, das die Kosten der betriebsorganisatorisch eigenständigen Einheit zu tragen hat, in Insolvenz geraten und hierfür nicht mehr aufkommen können. Zudem hängt die Einrichtung einer betriebsorganisatorisch eigenständigen Einheit unter Unständen davon ab, ob und in welchem Umfang Transfer-Kurzarbeitergeld von der Arbeitsverwaltung gewährt wird. Wird also in einem Sozialplan vereinbart, dass gekündigten Arbeitnehmern eine Abfindungszahlung „X“ zukommen soll, während in eine interne betriebsorganisatorisch eigenständige Einheit oder Transfergesellschaft wechselnde Arbeitnehmer keine oder eine (sehr viel) geringere Abfindungszahlung „Y“ erhalten sollen, so ist die Gesamtdotierung des Sozialplans mit den Mitwirkungszahlungen durch die Arbeitsverwaltung eng verknüpft.

1. Einvernehmliche Änderung

Die Betriebsparteien können einen Sozialplan jederzeit einvernehmlich für die Zukunft auch zum Nachteil der Arbeitnehmer abändern[333]; Grenzen sind die Grundsätze der Verhältnismäßigkeit und des Vertrauensschutzes. Der geänderte Plan tritt an die Stelle der früheren Betriebsvereinbarung[334] und löst diese ab. Bis zu dieser Ersetzung wirkt der bisherige Sozialplan nach[335], § 77 Abs. 6 BetrVG. Im Nachwirkungszeitraum verliert der Sozialplan seine zwingende Wirkung, so dass Neuregelungen zu Lasten der Arbeitnehmer geschaffen werden können. In Ansprüche, die bereits aufgrund des früheren Sozialplans entstanden sind, kann nur sehr eingeschränkt eingegriffen werden. Allein das Einvernehmen, den bisherigen Plan durch eine neue Regelung zu ersetzen, berechtigt die Betriebsparteien nicht dazu, die auf der Grundlage des ersten Sozialplans entstandenen Ansprüche der Arbeitnehmer – meist auf Zahlung einer Abfindung – zu kürzen; hierzu bedarf es eines Rechtfertigungsgrundes: Das Festhalten an der bisherigen Regelung muss

[333] BAG v. 24.3.1981 – 1 AZR 805/78 – AP Nr. 12 zu § 112 BetrVG 1972 mit Anm. *Hilger* = BB 1983, S. 250 (250); BAG v. 10.8.1994 – 10 ABR 61/93 – AP Nr. 86 zu § 112 BetrVG 1972 = BB 1995, S. 1240 (1241) mit Anm. *Keßler*; BAG v. 5.10.2000 – 1 AZR 48/00 – AP Nr. 141 zu § 112 BetrVG 1972 = NZA 2001, S. 849 (852); *Fitting*, BetrVG §§ 112, 112 a Rdnr. 204; GK-BetrVG/*Fabricius/Oetker*, §§ 112, 112 a Rdnr. 159; Richardi/*Annuß*, BetrVG § 112 Rdnr. 183; DKK/*Däubler*, BetrVG §§ 112, 112 a Rdnr. 135; *Löwisch/Kaiser*, BetrVG § 112 Rdnr. 72; *v. Hoyningen-Huene*, BetrVR § 15 IV. 2..

[334] BAG v. 10.8.1994 a.a.O. und BAG v. 5.10.2000 a.a.O..

[335] BAG v. 10.8.1994 a.a.O.; BAG v. 28.8.1996, AP Nr. 104 zu § 112 BetrVG 1972 = BB 1995, S. 2624 (2625).

für einen Teil der Betriebspartner unzumutbar sein.

2. Einseitiges Änderungsverlangen

Von Bedeutung für die betriebliche Praxis ist, ob ein Transfersozialplan, der die Einrichtung einer betriebsorganisatorisch eigenständigen Einheit regelt, geändert werden kann, wenn eine der Betriebsparteien die Beendigung der bisherigen Regelung verlangt und durch eine neue Sozialplanregelung ersetzt wissen will.

a) Ordentliche oder außerordentliche Kündigung

Ein für eine bestimmte Betriebsänderung vereinbarter Transfersozialplan kann insgesamt grundsätzlich nicht ordentlich gekündigt werden[336]. Da mit ihm den betroffenen Arbeitnehmern ein Wechsel in neue Beschäftigung ermöglicht werden soll, steht diese Zweckbestimmung einer Kündigung grundsätzlich im Wege (vgl. § 77 Abs. 5 BetrVG); der Transfersozialplan könnte andernfalls seine Aufgabe nicht erfüllen[337]. Etwas anderes gilt, wenn die ordentliche Kündigung ausdrücklich vereinbart worden ist oder die Kündigung Dauerregelungen betrifft, die konkrete wirtschaftliche Nachteile durch laufende Leistungen ausgleichen oder mildern sollen. Das sind bspw. Ausgleichszahlungen, die für längere Wegzeiten in einen anderen Betrieb des Unternehmens geleistet werden[338]. Die Arbeitnehmer können nicht davon ausgehen, dass diese (unbefristeten) Regelungen für alle Zeit Bestand haben, wenn bei Einrichtung einer betriebsorganisatorisch eigenständigen Einheit möglicherweise nicht sämtliche finanzielle Auswirkungen berücksichtigt wurden. Mit einer rückwirkenden Verschlechterung der Besitzstandsansprüche muss auch gerechnet werden, wenn bspw. die Rechtslage aufgrund der bisherigen Regelung unklar und verworren war oder wenn die bisherige Regelung abgelaufen war[339]. Der allgemeine Vertrauensschutz reicht nicht so weit, dass in die bestehenden Anspruchspositionen aus dem Sozialplan nicht auch zuungunsten

[336] BAG v. 10.8.1994 a.a.O.; *Fitting*, BetrVG §§ 112, 112 a Rdnr. 206; Richardi/*Annuß*, BetrVG § 112 Rdnr. 185; HSWG/*Hess*, BetrVG § 112 Rdnr. 118; einschränkend GK-BetrVG/*Fabricius/Oetker*, §§ 112, 112 a Rdnr. 165 f.; DKK/*Däubler*, BetrVG §§ 112, 112 a Rdnr. 136.
[337] *Rumpff/Boewer*, S. 370 Rdnr. 72.
[338] BAG v. 24.3.1981, AP Nr. 12 zu § 112 BetrVG 1972 mit Anm. *Hilger* = BB 1983, S. 250 (251).
[339] *Fitting*, BetrVG § 77 Rdnr. 44; *Richardi*, BetrVG § 77 Rdnr. 130; GK-BetrVG/*Kreutz*, § 77 Rdnr. 198; HSWG/*Worzalla*, BetrVG § 77 Rdnr. 58.

der Arbeitnehmer eingegriffen werden kann. Solche Dauerregelungen können im Einzelfall auch durch außerordentliche Kündigung für die Zukunft beseitigt werden, wenn für den kündigenden Sozialplanpartner das Festhalten am Vertrag unzumutbar geworden ist[340]. In jedem Fall muss die Kündigung und Abänderung zuungunsten der Arbeitnehmer am Zweck der Maßnahme gemessen geeignet, erforderlich und proportional sein[341]. Soweit der Sozialplan indes kein ausdrücklich vereinbartes ordentliches Kündigungsrecht und keine Dauerregelungen enthält, sondern lediglich ein einmaliges Austauschverhältnis regelt, ist eine (ordentliche wie außerordentliche) Kündigung nicht möglich. Allein das Ausbleiben von finanziellen Zuschüssen seitens Dritter, nämlich des Transfer-Kurzarbeitergeldes, rechtfertigt demnach keine außerordentliche Kündigung. Diese können zwar zu wirtschaftlichen Schwierigkeiten des Betriebs führen. Solange nicht die Gefahr einer Insolvenz und damit eine Gefahr für die verbliebene Belegschaft besteht, ist eine Abänderung von bereits entstandenen Ansprüchen aus dem Sozialplan nicht möglich. Bewegt sich der Sozialplan auf einer unsicheren Finanzierungsgrundlage, sind die Ansprüche von vornherein mit dem Risiko der Zahlungsunfähigkeit des Arbeitgebers belastet.

b) Störung der Geschäftsgrundlage, § 313 BGB

Ist aufgrund veränderter Umstände nach Abschluss des Sozialplans die Geschäftsgrundlage gestört und einem oder beiden Betriebspartnern das Festhalten an dem bisherigen Sozialplan nicht mehr zumutbar, müsste die Anpassung des Sozialplans an die geänderten tatsächlichen Umstände verlangt werden können[342].

---

[340] BAG v. 10.8.1994, AP Nr. 86 zu § 112 BetrVG 1972 = BB 1995, S. 1240 (1241) mit Anm. *Keßler*.

[341] Allg. zur Betriebsvereinbarung BAG v. 18.9.2001, AP Nr. 34 zu § 1 BetrAVG Ablösung = NZA 2002, S. 1164 (1168); BAG v. 5.10.2000, AP Nr. 141 zu § 112 BetrVG 1972 = NZA 2001, S. 849 (852); DKK/*Berg*, BetrVG § 77 Rdnr. 12.

[342] BAG v. 10.8.1994, AP Nr. 86 zu § 112 BetrVG 1972 = BB 1995, S. 1240 (1241 f.) mit Anm. *Keßler*; BAG v. 28.8.1996, AP Nr. 104 zu § 112 BetrVG 1972 = BB 1996, S. 2624 (2625); GK-BetrVG/*Fabricius/Oetker*, §§ 112, 112 a Rdnr. 174 ff.; Richardi/*Annuß*, BetrVG § 112 Rdnr. 187; ErfK/*Kania*, §§ 112, 112 a BetrVG Rdnr. 41; DKK/*Däubler*, BetrVG §§ 112, 112 a Rdnr. 137.

aa) Formale Voraussetzungen

Zunächst ist zu klären, welche Umstände formal zu einem Wegfall der Geschäftsgrundlage führen können. Erheblich können Veränderungen der wirtschaftlichen Verhältnisse (auch Insolvenz) oder eine Änderung der Rechtslage sein[343], bspw. geänderte Voraussetzungen der Gewährung von Transfer-Kurzarbeitergeld nach § 216 b SGB III, die sich auf die finanzielle Lage der bereits eingerichteten betriebsorganisatorisch eigenständigen Einheit auswirken. Die Aufnahme von Verhandlungen wird entweder vom Arbeitgeber oder vom Betriebsrat verlangt. Gelingt den Betriebspartnern keine Einigung oder verweigert eine Seite die Aufnahme der Verhandlungen, kann die Einigungsstelle angerufen werden, die entscheiden muss, ob die Geschäftsgrundlage weggefallen ist. Bejahendenfalls hat sie eine Neuregelung zu beschließen[344]. Wurde eine betriebsorganisatorisch eigenständige Einheit eingerichtet, sind die dorthin gewechselten Arbeitnehmer nachträglich einzubeziehen, da sie ohne Einhaltung der Kündigungsfristen aus dem Betrieb ausgeschieden sind. Eine Nichteinbeziehung dieser Personengruppe in eine verschlechternde Regelung wäre eine nicht zu rechtfertigende Benachteiligung der im Betrieb noch tätigen Arbeitnehmer[345]. Dann liefen gerade Arbeitnehmer mit langer Betriebszugehörigkeit ein größeres Risiko, aufgrund langer Kündigungsfristen von einer Anpassung betroffen zu sein. Andererseits verstieße eine Verschlechterung der Sozialplananspräche allein zu Lasten der bereits ausgeschiedenen Arbeitnehmer zum einen gegen das dem Sozialplan (nicht als eigenständige Rechtsgrundlage, zumindest aber) als Korrektiv zugrundeliegende Solidaritätsgebot[346]. Zum anderen würde auch nicht dem Sinn und Zweck eines Transfersozialplans gerecht, der Abfindungsleistungen nur für den Fall vorsieht, dass seine Leistungen nicht beschäftigungswirksam eingesetzt werden können. Gefährden Abfindungsleistungen den Bestand des Betriebes oder die Existenz der internen betriebsorganisatorisch eigenständigen Einheit bzw. die finanzielle Ausstattung der Transfergesellschaft, so müssen auch die Ansprüche der im bisherigen Betrieb verbleibenden Arbeitnehmer in die Sozialplananpassung

[343] *Meyer*, NZA 1995, S. 974 (978) zugl. Bespr. von BAG v. 10.8.1994, NZA 1995, S. 314.
[344] BAG v. 23.9.1997, AR-Blattei ES 630 Nr. 65; BAG v. 10.8.1994, AP Nr. 86 zu § 112 BetrVG 1972 = BB 1995, S. 1240 (1240 Ls.) mit Anm. *Keßler* S. 1242 (1243); BAG v. 28.8.1996, AP Nr. 104 zu § 112 BetrVG 1972 = BB 1996, S. 2624 (2625).
[345] *Meyer*, NZA 1995, S. 974 (980).
[346] LAG Baden-Württemberg v. 27.4.1977, rkr., DB 1977, S. 1706 (1706).

trieb verbleibenden Arbeitnehmer in die Sozialplananpassung einbezogen werden.

bb) Inhaltliche Änderungen

Die nach einer Störung der Geschäftsgrundlage erfolgende anpassende Regelung kann auch schon entstandene Ansprüche der Arbeitnehmer zu deren Ungunsten abändern, da kein Vertrauensschutz besteht. Damit unterscheidet sich die Änderung eines Sozialplans, die infolge des Störung der Geschäftsgrundlage zulässig und notwendig wird, wesentlich von einer Neuregelung, die nach einer wirksamen ordentlichen oder außerordentlichen Kündigung des Sozialplans für die Zukunft getroffen wird. Im Falle der Kündigung kann die Neuregelung Wirksamkeit nur für die Zukunft entfalten, im Falle der Störung der Geschäftsgrundlage können jedoch auch bereits entstandene Ansprüche rückwirkend aufgehoben oder in ihrem Inhalt geändert werden[347]. In beiden Fällen wird der Sozialplan nicht von Anfang an beseitigt, sondern an seine Stelle tritt eine Neuregelung. Soweit ausbleibende oder wegfallende Arbeitsförderungsleistungen der Arbeitsverwaltung in Form von Zuschüssen zu Transfermaßnahmen bzw. Transfer-Kurzarbeitergeld im Rahmen von Transfersozialplänen keinen (außer-) ordentlichen Kündigungsgrund darstellen, können sie deren Neuregelung durch Anpassung an die veränderten Verhältnisse rechtfertigen[348]. Der geänderte Sozialplanbedarf wird neu berechnet und die zur Verfügung stehenden Finanzmittel unter Berücksichtigung der geänderten Umstände verteilt.

In der betrieblichen Praxis ist folgende Situation denkbar: Im Rahmen einer Betriebsstilllegung soll eine betriebsorganisatorisch eigenständige Einheit gegründet und erreicht werden, dass zwei Drittel des abzubauenden Personals in die Einheit wechselt. Das verbleibende Drittel scheidet mit einer Abfindungszahlung endgültig aus dem Betrieb aus. Seitens der Arbeitsverwaltung wird entweder für die Dauer von 12 Monaten (höchstmöglicher Zeitrahmen) oder zunächst für die Dauer von 6 Monaten (üblicher Zeitrahmen) die Förderung durch Transfer-Kurzarbeitergeld

[347] BAG v. 28.8.1996, AP Nr. 104 zu § 112 BetrVG 1972 = BB 1996, S. 2624 (2625).
[348] Ähnlich BAG v. 10.8.1994, AP Nr. 86 zu § 112 BetrVG 1972 = BB 1995, S. 1240 (1241 f.) mit Anm. *Keßler* zum Ausbleiben von Fördermitteln der früheren Treuhandanstalt.

verbeschieden. Die Betriebspartner planen in jedem Fall eine Laufzeit der betriebsorganisatorisch eigenständigen Einheit von 12 Monaten – im zweiten Fall ist beabsichtigt, einen Verlängerungsantrag zu stellen –, so dass im Sozialplan vereinbart wird, die Einheit mit einer auf diesen Zeitraum ausgerichteten Summe auszustatten. In dem Betrag sind die Kosten der betriebsorganisatorisch eigenständigen Einheit sowie die Zuschussbeträge enthalten, die der zukünftige Arbeitgeber bereit ist, auf das Transfer-Kurzarbeitergeld aufzuzahlen. Die Gesamtkosten der Abfindungszahlungen werden im Sozialplan festgelegt. Mangels Vermittlungserfolgen seitens des Betreibers der betriebsorganisatorisch eigenständigen Einheit wird der Bewilligungsbescheid für das Transfer-Kurzarbeitergeld nach 6 Monaten aufgehoben bzw. nicht verlängert. Zwar könnte die Rechtmäßigkeit des Bescheides gerichtlich geklärt werden, jedoch verschafft selbst einstweiliger Rechtsschutz nach § 86 b SGG nicht die gewünschte Rechtssicherheit. Obsiegt nämlich die Bundesagentur für Arbeit im nachfolgenden Klageverfahren, sind bis zu diesem Zeitpunkt gewährte Leistungen zurückzuerstatten; eine finanzielle Belastung für die Transfergesellschaft, der diese ebenso wenig wie der personalabgebende Betrieb gewachsen sein werden. Es stellt sich daher unabhängig davon die Frage nach der Rechtslage, wenn der Bescheid rechtsbindend wird. Die Existenz der betriebsorganisatorisch eigenständigen Einheit hängt von der Gewährung von Transfer-Kurzarbeitergeld ab, muss also geschlossen werden. Abfindungszahlungen sind für die in die Einheit Wechselnden im Sozialplan nicht oder in geringer Höhe vorgesehen worden, da man von einer Laufzeit von 12 Monaten ausging. Gleichzeitig sind noch die Finanzmittel vorhanden, die die Remanenzkosten der Einheit abdecken sollten sowie die Mittel für die Zuschusszahlungen. Diese Gelder können einer anderen Verwendung nicht zugeführt werden, der Sozialplan hat normative Wirkung.

Hinsichtlich des Sozialplans ist die Geschäftsgrundlage gestört; die Betriebspartner können von der anderen Seite die Aufnahme von Verhandlungen verlangen. Dann muss der Sozialplan an die neuen Verhältnisse angepasst werden. Die durch die Auflösung der betriebsorganisatorisch eigenständigen Einheit ersparten Mittel werden für Abfindungszahlungen an die betroffenen Arbeitnehmer verwendet oder fließen zum Teil an den bisherigen Arbeitgeber zurück. Dies ist allerdings nicht mehr möglich, wenn der Arbeitgeber infolge Liquidation oder Betriebsstillle-

gung nicht mehr existiert. Wenn die betriebsorganisatorisch eigenständige Einheit von einer Transfergesellschaft betrieben wurde, kann ein Teil der Mittel an diese Gesellschaft ausgezahlt werden, da sie aufgrund kürzerer Laufzeit der Einheit mit Qualifizierung und erfolgreicher Vermittlung von Arbeitnehmern keine Einkünfte mehr erzielen kann.

3. Nachschusspflicht des personalabgebenden Betriebes?

Gerät die im Transfersozialplan vereinbarte und eingerichtete betriebsorganisatorisch eigenständigen Einheit in finanzielle Schwierigkeiten und hängt die Fortgeltung des Transfersozialplans von der Existenz der Einheit ab, stellt sich die Frage nach einer möglichen Nachschusspflicht des personalabgebenden Betriebes. Unabhängig davon, ob die Einheit intern betrieben oder extern von einer Transfergesellschaft geführt wird, muss mit den zur Verfügung stehenden Mitteln (sparsam) gewirtschaftet werden. Im Sozialplan der kann voraussichtliche Jahresbedarf nur prognostiziert werden; der tatsächliche Bedarf hängt insbesondere von der Vermittlungsquote ab. Weicht der tatsächliche Bedarf der betriebsorganisatorisch eigenständigen Einheit hiervon ab, könnten die übrigen Bestandteile des Transfersozialplans bestehen bleiben, bietet sich eine Anpassung an die tatsächlichen Bedürfnisse an. Dem steht grundsätzlich die normative Wirkung des Sozialplans entgegen. Enthält er jedoch eine Öffnungsklausel, kann hierüber ergänzend verhandelt werden oder aber die Nachschusspflicht ist ausdrücklich vereinbart.

4. Ergebnis

Dem Transfersozialplan liegen unternehmenspolitische Sachverhalte zugrunde, die bei Abschluss nicht immer vollständig absehbar sind. Die Änderung gewisser grundlegender Faktoren kann daher zum Wegfall der Geschäftsgrundlage des Sozialplans führen; eine Anpassung an die geänderten Umstände muss für den Einzelfall bestimmt werden.

V. Finanzierung des Transfersozialplans

Entscheidend für den Erfolg eines Transfersozialplans ist die Berücksichtigung sämtlicher Kosten, die entstehen können. Die Dotierung des Sozialplans beinhaltet Abfindungs- und Transferkosten. Letztere sind alle im Zusammenhang mit der Einrichtung einer betriebsorganisatorisch eigenständigen Einheit anfallenden Kosten, also Remanenz-, Qualifizierungs- und Abwicklungskosten[349].

1. Sozialplankosten

a) Abfindungskosten

Den Arbeitnehmern, die nicht in eine betriebsorganisatorisch eigenständige Einheit wechseln, muss betriebsbedingt gekündigt werden; Abfindungen sind festzusetzen. In der Regel werden die Abfindungssummen nach einem Punktesystem berechnet. Aufgrund Lebensalter, langer Betriebszugehörigkeit, Unterhaltsverpflichtungen und anderer Sozialpunkte, die unterschiedlich bewertet werden, kann es unter den Arbeitnehmern zu stark differierenden Abfindungssummen kommen, insbesondere zu überhöhten Abfindungen. Zulässig sind daher sog. Höchstbegrenzungsklauseln[350] im Sozialplan. Zu den Abfindungsleistungen kommen die Kosten für mögliche Kündigungsschutzprozesse hinzu. Diese Aufwendungen müssen zusätzlich einkalkuliert werden, denn die Zahlung der Abfindungen darf nicht davon abhängig gemacht werden, dass die Arbeitnehmer keine Kündigungsschutzklage erheben[351]. Vereinbart werden dürfen indes Regelungen, nach der die Abfindungen erst mit rechtskräftigem Abschluss der Kündigungsschutzverfahren fällig werden oder Abfindungen nach dem KSchG auf die Leistungen aus dem Sozialplan anzurechnen sind. Mit Einrichtung einer betriebsorganisatorisch eigenständigen Einheit wird u.a. das Ziel verfolgt, umfassend Personal ohne Berücksichtung von Kündigungsfristen abzubauen, um effektiv und zeitnah auf die wirtschaftliche Situation reagieren zu können. Dieser Personalabbau soll die verbleibende Belegschaft vor Stellenabbau bewahren. Wirtschaftlich sinnvoll ist daher

[349] Übersichtlich zu den Kosten *Wagner/Wahba*, S. 177 ff..
[350] BAG v. 23.8.1988, AP Nr. 46 zu § 112 BetrVG 1972 mit Anm. *Löwisch* = BB 1989, S. 144 (145).
[351] BAG v. 20.6.1985, AP Nr. 33 zu § 112 BetrVG 1972 mit Anm. *Weber* = NZA 1986, S. 258 (258).

die Einrichtung einer betriebsorganisatorisch eigenständigen Einheit nur dann, wenn möglichst alle betroffenen Arbeitnehmer dorthin wechseln und die Kostenbelastung durch Kündigungsschutzprozesse gering gehalten wird.

b) Personalkosten

Für die mit Abfindungen ausscheidenden Mitarbeiter fallen für die Dauer ihrer individuellen Kündigungsfristen die Vergütungen an. Diese sind zwar keine Sozialplankosten, müssen jedoch bei der gesamten Finanzplanung bedacht werden. Denn je weniger von der Betriebsänderung betroffene Arbeitnehmer in die betriebsorganisatorisch eigenständige Einheit wechseln, desto mehr verbleiben bis zum Ablauf ihrer Kündigungsfrist im Betrieb und sind anspruchsberechtigt für fortlaufende Vergütungen und etwaige vereinbarte Abfindungsleistungen.

2. Transferkosten

Im Transfersozialplan werden neben den Abfindungsleistungen auch die Transferkosten festgelegt, die für den Wechsel der Qualifizierungsnehmer und die Einrichtung der betriebsorganisatorisch eigenständigen Einheit anfallen. Obwohl diese Mittel zum Teil nicht unmittelbar mit Durchführung der Betriebsänderung aufgebracht werden müssen, ist ihre Summe im Sozialplan festzuschreiben. Nur so kann im Falle einer gravierenden Änderung der finanziellen Lage des Unternehmens eine Störung der Geschäftsgrundlage geltend gemacht werden.

a) Remanenzkosten

Die Remanenzkosten sind die „Personalkosten“ der betriebsorganisatorisch eigenständigen Einheit und umfassen alle Kosten, die bei ihrer Einrichtung, unabhängig ob intern oder bei einer Transfergesellschaft, entstehen. Sie beinhalten die vom Träger der betriebsorganisatorisch eigenständigen Einheit zu tragenden Sozialversicherungsbeiträge auf das Transfer-Kurzarbeitergeld, Urlaubs- und Feiertagsentgelt, Sozialversicherungsbeiträge auf Urlaubs- und Feiertagsentgelt, fakultative Zuschusszahlungen auf das Transfer-Kurzarbeitergeld, Berufsgenossenschaftsbeiträge und eventuelle Austrittsprämien. Berücksichtigt werden müssen

zusätzlich Sachkosten wie Raummieten, Büroausstattung, Computerarbeitsplätze mit Internetanschlüssen, Zeitungen etc., die unabhängig davon anfallen, ob die betriebsorganisatorisch eigenständige Einheit unternehmensintern oder bei einer Transfergesellschaft eingerichtet wird. Die Kosten bei einer Transfergesellschaft, die Einheiten von mehreren Unternehmen betreut, fallen in der Regel etwas geringer aus, da bspw. Kosten für Internetanschlüsse, Zeitungen und Räumlichkeiten gebündelt werden können.

b) Qualifizierungskosten

Während der Verweildauer in der betriebsorganisatorisch eigenständigen Einheit müssen die Qualifizierungsnehmer, bei denen vor Überleitung in die Einheit durch die Feststellungsmaßnahmen Bildungsdefizite erkannt wurden, an entsprechenden individuell abgestimmten Qualifizierungs- und Weiterbildungsveranstaltungen teilnehmen. Darunter fallen sowohl Gruppenveranstaltungen als auch persönliche Schulungen. Für diese Veranstaltungen ist Fachpersonal einzusetzen. Je nach unternehmerischer Gestaltung der betriebsorganisatorisch eigenständigen Einheit, kann eigenes oder Fremdpersonal diese Aufgaben wahrnehmen, in der Praxis werden diese Qualifizierungs- und Weiterbildungsverpflichtungen sehr häufig an externen Bildungseinrichtungen abgegeben, die langjährig und ausschließlich in diesem Bereich tätig sind. Die Kosten für die Maßnahmen sind dann im Zweifel etwas höher, ermöglichen auf der anderen Seite eine sicherere Finanzplanung, da die Kosten für derartige Maßnahmen bekannt sind.

3. Abwicklungskosten

In der Regel wird die Sozialplandotierung Remanenz- und Qualifizierungskosten der eigenständigen Einheit in der Höhe berücksichtigen, dass sich am Ende der Laufzeit der Einheit – im ungünstigsten Fall – alle in die Einheit gewechselten Arbeitnehmer noch in der Einheit befinden. Wird die betriebsorganisatorisch eigenständige Einheit bei einer Transfergesellschaft eingerichtet, liegt gerade in der Ersparnis dieser Kosten durch rasche erfolgreiche Vermittlung der Qualifizierungsnehmer die unternehmenspolitische und betriebswirtschaftlich reizvolle Tätigkeit des Trägers der betriebsorganisatorisch eigenständigen Einheit. Die schnelle

Vermittlung bedeutet eine Verkürzung der Beschäftigungsdauer und führt zu einem geringeren Bedarf an Finanzmitteln. Die Transfergesellschaft erhält je nach Ausgestaltung des Kooperationsvertrages mit dem bisherigen Unternehmen einen entsprechenden Anteil der ersparten Kosten. Einziges Risiko der pauschalierten „Bezahlung“ der Transfergesellschaft ist, dass diese im wirtschaftlichen Eigeninteresse möglichst wenig für die Qualifizierungsnehmer aufwendet, also wenig qualifiziert[352] und von den (den zugrunde liegenden Sozialplan abschließenden) Betriebspartnern niemand kontrollierend als Gesellschafter der Transfergesellschaft eingesetzt ist. Es ist daher empfehlenswert, die im Sozialplan vereinbarten, der Transfergesellschaft zur Verfügung stehenden Mittel über einen Treuhänder verwalten und ihren Einsatz gezielt steuern zu lassen. Das bisherige Unternehmen hat in der Regel nicht nur die tatsächlich für die vereinbarten Qualifizierungszeiten entstehenden Kosten, sondern alle hypothetisch anfallenden Kosten dem Treuhänder im Vorhinein bereitzustellen. Der Treuhänder sichert so die gleichmäßige Verfügbarkeit der Mittel über die gesamte Dauer der betriebsorganisatorisch eigenständigen Einheit, unabhängig davon, wie es dem abgebenden Unternehmen geht. Darüber hinaus kann der Treuhänder auch Kontrolle ausüben, soweit er mit dieser Aufgabe betraut ist und durch seine Qualifikation (betriebswirtschaftliches Fachwissen) dazu in der Lage ist[353]. Nachteilig wirkt sich bei dieser Lösung jedoch aus, dass der Treuhänder für seine Tätigkeit eine Vergütung erhält, die sich in der Regel prozentual an der der Transfergesellschaft zur Verfügung gestellten Gesamtsumme orientiert und je nach Treuhänder stark variieren kann. Hier sollten Vergleichsangebote eingeholt werden.

Werden Finanzmittel erspart, gibt es verschiedene Verwendungsmöglichkeiten. Fließen sie nicht an das personalabbauende Unternehmen zurück, können sie der Transfergesellschaft zugute kommen oder an die wegen erfolgreicher Vermittlung vorzeitig aus der betriebsorganisatorisch eigenständigen Einheit ausscheidenden Qualifizierungsnehmer ausgekehrt werden. Allerdings haben die vorzeitig Ausscheidenden in der Regel eine neue Tätigkeit gefunden und benötigen keine „Prämie“. Auch das personalabgebende Unternehmen rechnet bei Bereitstellung

[352] *Thannheiser*, AiB 2002, S. 739 (742); zur sorgfältigen Auswahl rät *Nicolai*, AuA 2005, S. 92 (94).
[353] *Thannheiser*, AiB 2002, S. 739 (742).

der Finanzmittel damit, dass diese verbraucht werden oder existiert im Zweifel nicht mehr. Sinnvoll erscheint es daher, die verbleibenden Mittel für die Qualifizierung und Weiterbildung in der betriebsorganisatorisch eigenständigen Einheit zu belassen und die verbleibenden Qualifizierungsnehmer möglichst umfassend zu fördern[354]. Keinesfalls kann den vorzeitig Ausscheidenden ein Abfindungsanspruch zustehen bspw. anteilig in Höhe des auf den Einzelnen entfallenden ersparten Remanenz- und Qualifizierungskostenbetrages. Das *BAG*[355] hat sogar dann einen Anspruch auf Austrittsprämie abgelehnt, wenn der Überleitungsvertrag in die betriebsorganisatorisch eigenständige Einheit dem Treuhänder ein Leistungsbestimmungsrecht nach § 315 BGB zuerkennt, wonach der Treuhänder im Einzelfall bei vorzeitigem Austritt eine Prämie bis zur Hälfte der ersparten Kosten vorsehen kann. Diese Kosten sind nicht als „persönlich zustehende Mittel“ zu verstehen, die, wenn sie wegen vorzeitigem Austritt nicht „verbraucht“ wurden, an den Ausscheidenden auszukehren sind. Im übrigen sind die sog. Abgangsersparnisse während der Laufzeit der Einheit schwer zu berechnen, da sich die genaue Höhe der ersparten Zuschusszahlungen, Sozialversicherungsbeiträge und Zahlungen wegen Feier- und Urlaubstagen nicht pauschal bestimmen lassen. In der Praxis empfiehlt es sich daher, die Abgangsersparnisse einzubehalten und für die Qualifizierung der in der betriebsorganisatorisch eigenständigen Einheit verbleibenden Qualifizierungsnehmer zu verwenden. Diese können dann sogar entsprechend intensiver betreut werden.

4. Mittelzuschüsse aus dem ESF

Der Europäische Sozialfonds, ein Finanzinstrument der Europäischen Union, gewährt Zuschüsse zu den umfangreichen Remanenzkosten. Die Finanzmittel sind über die Regionaldirektionen der Bundesagentur für Arbeit (früher: Landesarbeitsämter) zu beantragen. Die Förderung wird individuell festgelegt und ist eine Ermessensleistung[356].

---

[354] So auch *Thannheiser*, AiB 2002, S. 739 (742), Anm. zu BAG v. 20.8.2002.
[355] BAG v. 20.8.2002, AiB 2004, S. 55 (55).
[356] VO Nr. 1784/1999 v. 12.7.1999, ABlEG L 213 v. 13.8.1999; vgl. *Hoehl/Grimmke*, NZS 2004, S. 345 (349); *Eckardt*, AuB 2000, S. 100 (103 f.); *Wagner/Wahba*, S. 185; näheres direkt unter http://ec.europa.eu/employment_social/esf2000/index_de.html;

5. Ergebnis

Die Einrichtung einer betriebsorganisatorisch eigenständigen Einheit erfordert erhebliche finanzielle Mittel, die im Transfersozialplan festgelegt sein müssen. Je nach Ausgestaltung der Einheit, insbesondere ob eine interne Einheit oder Kooperation mit einer Transfergesellschaft beabsichtigt ist, ergeben sich unterschiedliche Kosten und Finanzierungsmöglichkeiten.

§ 7 Mitbestimmung des Betriebsrats

Zu klären ist, welche Maßnahmen bei Einrichtung der betriebsorganisatorisch eigenständigen Einheit oder innerhalb der Einheit der Mitbestimmung des Betriebsrats unterliegen. Mitbestimmungspflichtig sind nach § 102 Abs. 1 BetrVG grundsätzlich Kündigungen, nicht aber andere Beendigungsgründe wie Aufhebungsverträge, auch kein Wechsel in die Einheit mittels dreiseitiger Verträge. Geht der Wechsel jedoch mit personellen Einzelmaßnahmen i.S.d. § 99 BetrVG einher, unterscheiden sich möglicherweise Umfang und Inhalt des Mitbestimmungsrechts, je nach dem, welche Maßnahme vorliegt und wen sie betrifft. Zu untersuchen ist auch, ob durch die Einrichtung der betriebsorganisatorisch eigenständigen Einheit ein Tatbestand der Mitbestimmung in sozialen Angelegenheiten erfüllt ist.

I. Mitbestimmung bei Kündigungen

Fraglich ist, wie weit das Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats bei Kündigungen anlässlich eines Wechsels in die Transfergesellschaft reicht. Es könnte sich danach unterscheiden, ob „gewöhnliche“ Arbeitnehmer oder Arbeitnehmer in Funktionsträgereigenschaft, bspw. als Betriebsratsmitglieder, gekündigt werden. In den geschützten Personenkreis i.S.d. BetrVG fallen zunächst alle Arbeitnehmer einschließlich der zu ihrer Berufsausbildung Beschäftigten, § 5 Abs. 1 BetrVG. Es werden auch Arbeitnehmer erfasst, die noch keinen allgemeinen Kündigungsschutz nach dem KSchG genießen[357].

1. Mitbestimmung nach § 102 BetrVG

Die Mitbestimmung nach § 102 BetrVG findet Anwendung auf ordentliche, außerordentliche sowie Änderungskündigungen. Letztere hat als Rechtsgrundlage für die Versetzung einen Doppelcharakter; sie beinhaltet (im Grunde) eine Beendigungskündigung, ermöglicht aber auch die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses zu geänderten Bedingungen nach der Versetzung. Der Arbeitgeber muss daher stets beide Mitbestimmungsverfahren einhalten, d.h. neben der Mitbestimmung

[357] Richardi/*Thüsing*, BetrVG § 102 Rdnr. 14; KR/*Etzel*, BetrVG § 102 Rdnr. 10.

nach § 99 BetrVG zusätzlich das Anhörungsverfahren nach § 102 Abs. 1 Satz 1 BetrVG[358]. Die Anhörung ist auch erforderlich, wenn der Arbeitgeber eine Betriebsstilllegung beabsichtigt und allen Arbeitnehmern – die nicht bereits durch dreiseitigen Vertrag ausgeschieden sind – kündigen will. Bei der betriebsbedingten (außerordentlichen) Kündigung ist der Arbeitgeber verpflichtet, die wirtschaftlichen Faktoren, die ihn zu der unternehmerischen Entscheidung eines Personalabbaus und Betriebs(teil)stilllegung bewogen haben, ebenfalls mitzuteilen. Der Abschluss eines Interessenausgleichs mit Namensliste macht die Anhörung des Betriebsrats im Rahmen des § 102 BetrVG nicht entbehrlich, sie kann jedoch mit den Interessenausgleichsverhandlungen verbunden werden[359].

Bei Änderungskündigungen muss der Betriebsrat auch über das Änderungsangebot unterrichtet werden[360]. Für Arbeitnehmer, die als Mitarbeiter der betriebsorganisatorisch eigenständigen Einheit mittels Änderungskündigung in diese versetzt werden sollen und können – bei Qualifizierungsnehmern ist dies nicht möglich, s.o. **§ 4 II. 3. c)** – muss deren zukünftiger Aufgabenbereich ausreichend konkretisiert sein. Ein Widerspruchsrecht zur beabsichtigten Kündigung steht dem Betriebsrat nur in den in § 102 Abs. 3 BetrVG enummerativ genannten Fällen zu.

2. Mitbestimmung nach § 103 Abs. 1, Abs. 2 BetrVG

Die Mitbestimmung nach § 103 BetrVG, die Kündigungen von Betriebsratsmitgliedern oder anderer durch § 15 KSchG geschützte Funktionsträger betrifft, unterscheidet sich vom Mitbestimmungstatbestand des § 102 BetrVG. Die Kündigung ist, anders als nach § 102 BetrVG erst zulässig, nachdem der Betriebsrat seine Zustimmung erteilt hat oder die verweigerte Zustimmung durch das Gericht ersetzt ist, § 15 Abs. 1 Satz 1 KSchG, § 103 Abs. 1, Abs. 2 Satz 1 BetrVG. Soweit ausnahmsweise eine ordentliche Kündigung nach § 15 Abs. 4, Abs. 5 KSchG zulässig ist, erfolgt lediglich ein Anhörungsverfahren nach § 102 BetrVG[361]. § 103 BetrVG

[358] Richardi/*Thüsing*, BetrVG § 102 Rdnr. 273 ff.; *v. Hoyningen-Huene/Linck*, KSchG § 2 Rdnr. 34; DKK/*Kittner*, BetrVG § 102 Rdnr. 13.
[359] BAG v. 20.5.1999, AP Nr. 5 zu § 1 KSchG 1969 Namensliste = NZA 1999, S. 1101 (1102).
[360] BAG v. 10.3.1982, AP Nr. 2 zu § 2 KSchG 1969 mit zust. Anm. *Meisel* = NJW 1982, S. 2839 (2839); KR/*Etzel*, § 102 BetrVG Rdnr. 65; LAG Hamm v. 15.7.1997, LAGE § 102 BetrVG 1972 Nr. 60; KR/*Rost*, § 2 KSchG Rdnr. 115; *v. Hoyningen-Huene/Linck*, KSchG § 2 Rdnr. 35.
[361] Richardi/*Thüsing*, BetrVG § 103 Rdnr. 25; KR/*Etzel*, § 103 BetrVG Rdnr. 57.

erfasst auch die außerordentliche Änderungskündigung, die grundsätzlich ihrem Wesen nach – wenn auch nur bedingt – eine vollständige und echte Kündigung ist und auf die Beendigung des Arbeitsverhältnisses gerichtet ist[362]. Auch die Änderungskündigung hat Doppelcharakter, wenn sie zum Zwecke einer Versetzung ausgesprochen wird. Dennoch ist eine weitere Zustimmung nach § 103 Abs. 3 BetrVG entbehrlich, da die Zustimmung nach § 103 Abs. 1 BetrVG vor Ausspruch der Kündigung vorliegen muss und damit auch eine Versetzung als mildere Maßnahme mitumfasst.

3. Ergebnis

Der Arbeitgeber hat bei der Kündigung von Arbeitnehmern oder Arbeitnehmern in Funktionsträgereigenschaft, z.B. Betriebsratsmitgliedern, die unterschiedlichen Mitbestimmungstatbestände zu beachten.

II. Mitbestimmung bei Versetzungen

Die Frage, ob die Versetzung eines Arbeitnehmers in die betriebsorganisatorisch eigenständige Einheit der Mitbestimmung des Betriebsrats unterliegt, hängt davon ab, inwieweit die Einheit als anderer Betrieb des Unternehmens zu werten ist. Art und Umfang der Mitbestimmung könnte auch davon abhängen, ob die zukünftige Tätigkeit eine wesentliche Änderung der Arbeitsbedingungen beinhaltet und ob Arbeitnehmer als Mitarbeiter der Einheit oder zukünftige Qualifizierungsnehmer versetzt werden.

1. Betriebsverfassungsrechtlicher Versetzungsbegriff, § 95 Abs. 3 BetrVG

Zunächst ist zu klären, wann eine Versetzung im betriebsverfassungsrechtlichen Sinne vorliegt. § 95 Abs. 3 BetrVG enthält eine Legaldefinition der Versetzung, die auch für die Anwendung des § 99 BetrVG gilt. Danach ist dies der tatsächliche Vorgang der Veränderung des Arbeitsbereichs, also die Zuweisung, ohne dass es

[362] BAG v. 24.4.1969, AP Nr. 18 zu § 13 KSchG mit Anm. *Wiese* = BB 1969, S. 1038 (1039); dies gilt schon seither auch für die außerordentliche Massenänderungskündigung.

auf den individualrechtlichen Akt (Ausübung de Direktionsrechts, Änderungsvertrag oder Änderungskündigung) ankäme[363]. Dabei muss voraussichtlich die Dauer von einem Monat überschritten werden oder eine erhebliche Änderung der Umstände vorliegen, unter denen die Arbeit zu leisten ist. Gleichgültig ist, ob der zugewiesene Arbeitsbereich höhere, niederere oder gleichwertige Anforderungen an den Arbeitnehmer stellt, solange eine räumliche oder funktionale Änderung erfolgt[364]. Maßgebend ist, dass sich das Gesamtbild der Tätigkeit ändert[365]. Daraus folgt, dass nicht schon jede Veränderung in der Tätigkeit eines Arbeitnehmers den bisherigen Arbeitsbereich zu einem anderen macht und deshalb eine Versetzung darstellt. Jede einem Arbeitnehmer zugewiesene Tätigkeit ist laufenden Änderungen unterworfen, die (auch) in einer anderen Organisation des Arbeitsablaufs ihre Ursache haben können und sich im normalen Schwankungsbereich halten. Eine erhebliche Änderung der Arbeitsumstände kann indes in der Zuweisung eines neuen Arbeitsbereichs liegen, das ist insbesondere die Änderung des Tätigkeitsbereichs oder – bei gleichbleibender Arbeit – eine Änderung des Arbeitsortes[366]. Darunter fällt auch die Zuweisung eines Arbeitsplatzes in einem anderen Betrieb desselben Unternehmens, somit auch in der internen betriebsorganisatorisch eigenständigen Einheit. Aufgrund des in der Regel örtlich von den übrigen Betrieben getrennten Arbeitsplatzes, s.o. **§ 1 I. 2.**, ist der Betriebsrat des personalabgebenden Betriebes an diesem tatsächlichen Vorgang zu beteiligen.

2. Mitbestimmung nach § 99 BetrVG

Fraglich ist, wie das Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats bei Versetzungen ausgestaltet ist. Nach § 99 Abs. 2 BetrVG ist es kein „echtes“ Zustimmungsrecht, sondern ein Zustimmungsverweigerungsrecht. Es kann durch Tarifvertrag oder Betriebsvereinbarung zu einem „echten“ Mitbestimmungsrecht erweitert wer-

[363] *V. Hoyningen-Huene*, BetrVR § 14 III. 2. b); *Fitting*, BetrVG § 99 Rdnr. 99.
[364] *Fitting*, BetrVG § 99 Rdnr. 102; GK-BetrVG/*Kraft*, § 99 Rdnr. 52.
[365] BAG v. 10.4.1984, AP Nr. 4 zu § 95 BetrVG 1972 mit Anm. *Hönn* = NZA 1984, S. 233 (234).
[366] BAG v. 11.7.2000, AP Nr. 44 zu 103 BetrVG 1972 = BB 2001, S. 1042 (1043); BAG v. 21.9.1999, AP Nr. 21 zu § 99 BetrVG 1972 Versetzung mit Anm. *Stege* = BB 2000, S. 1036 (1037) zur Dienstreise als Zuweisung einer gleichbleibenden Tätigkeit an einem anderen Arbeitsort mit krit. Anm. *Hunold*; BAG 26.1.1993, AP Nr. 102 zu § 99 BetrVG 1972 mit Anm. *v. Hoyningen-Huene* = BB 1993, S. 1871 (1872); BAG v. 14.11.1989, AP Nr. 76 zu § 99 BetrVG 1972 = NZA 1990. S. 357 (358).

den[367]. Der Arbeitgeber hat vor Durchführung der Versetzung die Zustimmung des Betriebsrats einzuholen, die dieser verweigern kann, jedoch nur aus den in § 99 Abs. 2 BetrVG abschließend aufgezählten Gründen.

a) Doppelte Betriebsbezogenheit

Bei der Versetzung eines Arbeitnehmers von einem Betrieb in eine betriebsorganisatorisch eigenständige Einheit werden zwei Betriebe von der Maßnahme berührt. Es müssten daher auch zwei Mitbestimmungstatbestände ausgelöst werden. Einerseits hat der Betriebsrat des abgebenden Betriebs zuzustimmen, andererseits (falls vorhanden) der Betriebsrat der betriebsorganisatorisch eigenständigen Einheit, wenn der Eintritt dort – für Mitarbeiter und zukünftige Qualifizierungsnehmer – eine Einstellung i.S.d. § 99 Abs. 1 BetrVG ist[368], es besteht eine doppelte Betriebsbezogenheit. Zu dem Begriff der Einstellung, der in § 99 Abs. 1 BetrVG nur erwähnt und nicht legaldefiniert wird, werden unterschiedliche Ansichten vertreten[369]. Es kann vorliegend dahinstehen, ob man in der Einstellung einen Vorgang sieht, durch den Personen in den Betrieb eingegliedert werden, um zusammen den arbeitstechnischen Zweck des Betriebs durch weisungsgebundene Tätigkeit zu verwirklichen, ob zusätzlich der Abschluss eines Arbeitsvertrages zu fordern ist, oder ob mit dem *BAG* und *v. Hoyningen-Huene*[370] allein auf die willentliche tatsächliche Arbeitsaufnahme an einem bestimmten Arbeitsplatz abzustellen ist. In jedem Fall verlangt die Einstellung ein Arbeitsverhältnis und eine Repräsentation des Arbeitnehmers durch den Betriebsrat.

Das Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats des abgebenden Betriebes wegen einer Versetzung ist nicht deshalb unbeachtlich, weil der Arbeitnehmer mit dem Einsatz einverstanden ist[371] und er damit möglicherweise auf seine durch den Be-

[367] BAG v. 10.2.1988, AP Nr. 53 zu § 99 BetrVG 1972 = NZA 1988, S. 699 (699 ff.); *Fitting*, BetrVG § 1 Rdnr. 249 ff. und § 99 Rdnr. 1.
[368] BAG v. 26.1.1993, AP Nr. 102 zu § 99 BetrVG 1972 mit Anm. *v. Hoyningen-Huene* = BB 1993, S. 1871 (1872); BAG v. 20.9.1990, AP Nr. 84 zu § 99 BetrVG 1972 = NZA 1990, S. 195 (197); *Fitting*, BetrVG § 99 Rdnr. 19, 146; DKK/*Kittner*, BetrVG § 99 Rdnr. 15; a.A. *Stück*, MDR 2005, S. 361 (366).
[369] Vgl. die zahlreichen Nachweise bei *Fitting*, BetrVG § 99 Rdnr. 30 ff..
[370] *V. Hoyningen-Huene*, RdA 1982, S. 205 (206).
[371] So noch BAG v. 18.2.1986, AP Nr. 33 zu § 99 BetrVG 1972 mit Anm. *Misera* = BB 1986, S. 2056 (2057); a.A. BAG v. 26.1.1993, AP Nr. 102 zu § 99 BetrVG 1972 mit krit. Anm. *v. Hoyningen-Huene* = BB 1993, S. 1871 (1872).

triebsrat vertretenen Rechte verzichtet. Anders als bei § 103 Abs. 3 Satz 2 BetrVG nämlich, wo der Gesetzgeber bei Einverständnis des Betriebsratsmitglieds ausdrücklich die Mitbestimmung des Betriebsrats entfallen lässt, hat er dies in § 99 BetrVG nicht geregelt. Schließlich nimmt der Betriebsrat mit der Ausübung seines Mitbestimmungsrechts keineswegs nur die Interessen des einzelnen Arbeitnehmers wahr, sondern hat gerade die Auswirkungen der Versetzung auf die davon betroffenen anderen Arbeitnehmer zu beachten[372]. Dem Betriebsrat des zukünftigen Betriebes – der Einheit – ist der vorgesehene Arbeitsplatz mitzuteilen, nicht nur der räumliche Ort, an dem die Arbeit geleistet wird, sondern auch die Funktion, in die der Arbeitnehmer eingegliedert werden soll[373]. Die Interessen des abgebenden Betriebes sind bei einem endgültigen Ausscheiden des Arbeitnehmers in eine betriebsorganisatorisch eigenständige Einheit in geringerem Maße berührt, als wenn von vornherein vereinbart wird, dass der Arbeitnehmer nach einer zwischenzeitlichen Beschäftigung in einem anderen Betrieb wieder in den Stammbetrieb zurückkehrt. Letzteres ist dann eine einheitliche personelle Maßnahme des abgebenden Betriebes.

b) Mitarbeiter

Die Tätigkeit in der internen Einheit beinhaltet für die zukünftige Mitarbeiter, einen neuen Betriebszweck zu verfolgen: Qualifizierung, Weiterbildung und Vermittlung der Qualifizierungsnehmer. Diese geänderten Arbeitsinhalte erfordern eine andere Arbeitsweise als im Produktions-/Dienstleistungsbetrieb, denn die Qualifizierungsnehmer müssen unternehmensunabhängig den Bedürfnissen des Arbeitsmarktes angepasst werden. Unerheblich ist, ob die Tätigkeit mit der vorhergehenden gleichwertig ist oder nicht. Da die Einheit maximal 12 Monate besteht, erfolgt die Zuweisung einer Tätigkeit meist für die gesamte Dauer, mithin länger als 1 Monat. Neben dem inhaltlichen ist also ebenfalls das zeitliche Element einer Versetzung erfüllt. Entscheidende Bedeutung kommt der örtlichen Änderung zu. Die Arbeits-

[372] *V. Hoyningen-Huene/Boemke*, S. 135; *v. Hoyningen-Huene*, Anm. zu BAG v. 26.1.1993, AP Nr. 102 zu § 99 BetrVG 1972; so auch eigentlich eindeutig BAG v. 20.9.1990, AP Nr. 84 zu § 99 BetrVG 1972 = NZA 1990, S. 195 (197), das widersprüchlich argumentiert, warum der kollektive Schutz des Betriebsrats des abgebenden Betriebs entfallen soll, sobald der betroffene Arbeitnehmer mit der Versetzung Einverständnis erklärt hat.

[373] BAG v. 3.10.1989, AP Nr. 74 zu § 99 BetrVG 1972 = NZA 1990, S. 231 (232); GK-BetrVG/*Kraft*, § 99 Rdnr. 91.

leistung ist zukünftig räumlich und organisationstechnisch vom personalabgebenden Betrieb und den anderen Betrieben des Unternehmens getrennt zu erbringen. Eine Versetzung liegt demnach auch aufgrund der räumlichen Änderung der Arbeitsumstände vor.

Die Mitarbeiter der Einheit werden in der Regel für die Dauer ihrer Einrichtung dorthin versetzt oder vorübergehend abgeordnet. Die Versetzung ist in jedem Falle im Stammbetrieb mitbestimmungspflichtig. Sowohl bei einer vorübergehenden Abordnung in die betriebsorganisatorisch eigenständige Einheit für die Dauer von weniger als einem Monat zum Aufbau und der Aufnahme der Tätigkeit der Einheit als auch bei Versetzung für einen längeren Zeitraum ist eine anschließende Rückkehr in den Stammbetrieb geplant. Als einheitliche personelle Maßnahme bedarf dies der Zustimmung sowohl des abgebenden wie des aufnehmenden Betriebs. Die Aufnahme der Beschäftigung der Mitarbeiter wirkt sich auf die kollektiven Interessen der Belegschaft aus und erfordert grundsätzlich einer Mitbestimmung durch den dortigen Betriebsrat. Da das Mitbestimmungsrecht nur die Mitarbeiter der Einheit betrifft, ist in der betrieblichen Praxis eine tatsächlich ausgeübte Mitbestimmung selten, denn sie setzt die Existenz eines bestehenden Betriebsrates in der betriebsorganisatorisch eigenständigen Einheit voraus. Die Arbeitnehmer werden indes zu Beginn der Einrichtung der Einheit versetzt, wenn ein solcher (noch) nicht besteht. Wegen der kurzen Existenz der Einheit ist auch die spätere Wahl eines Betriebsrats unwahrscheinlich.

Das Mitbestimmungsrecht des abgebenden Betriebs kann im Rahmen der Interessenausgleichsverhandlungen nach § 112 Abs. 1 Satz 1 BetrVG ausgeübt werden, wenn die Betriebspartner sich auf die Einrichtung einer internen Einheit verständigen. Dabei werden regelmäßig nicht nur die von der Personalanpassungsmaßnahme betroffenen Arbeitnehmer, sondern auch die Personalleitung und Mitarbeiter der Einheit festgelegt und durch Ausübung des Direktionsrechts, Änderungskündigung oder Änderungsvertrag in Form einer Vertragsergänzung eine entsprechende Rechtsgrundlage für die zeitlich begrenzte Versetzung geschaffen.

c) Zukünftige Qualifizierungsnehmer

Erst recht beinhaltet die Tätigkeit in der betriebsorganisatorisch eigenständigen Einheit für die Qualifizierungsnehmer eine umfassende Änderung der Arbeitsbedingungen. Wie dargestellt richtet sich ihr „Tätigwerden“ auf die eigene Qualifizierung mit dem Ziel der Vermittlung. Dadurch ändert sich der Inhalt der „geschuldeten Leistung“ vollumfänglich. Mit dem bisherigen Tätigkeitsbereich hat der neue nichts mehr gemein, zudem ändern sich die örtlichen Arbeitsumstände. So liegt eine Versetzung nicht nur vor, wenn der Arbeitnehmer bei gleichbleibenden Arbeitsbedingungen in einer anderen organisatorischen Einheit[374] weiterbeschäftigt wird, vielmehr muss erst recht eine Versetzung gegeben sein, wenn durch Änderungsvertrag die Zuweisung eines neuen „Arbeitsbereichs“ erfolgt, die neben einer grundlegenden inhaltlichen auch eine örtliche Änderung der Tätigkeitsumstände beinhaltet. Das Qualifizierungsverhältnis in der betriebsorganisatorisch eigenständigen Einheit beinhaltet eine umfassende Änderung der Beschäftigungsbedingungen. Auf die für eine Versetzung maßgebliche zeitliche Anforderung nach §§ 99, 95 Abs. 3 BetrVG von voraussichtlich mehr als einem Monat Beschäftigung in der Einheit kommt es nicht mehr an.

Anders als bei den Mitarbeitern der betriebsorganisatorisch eigenständigen Einheit liegt mit der Versetzung der Qualifizierungsnehmer mangels Eingliederung in den Betrieb (die Einheit) keine Einstellung i.S.d. § 99 Abs. 1 Satz 1 BetrVG vor, so dass ein etwaiger Betriebsrat der Einheit kein Mitbestimmungsrecht ausüben kann. Das Qualifizierungsverhältnis ist kein Arbeitsverhältnis und der Vorgang des Beschäftigungsbeginns in der Einheit wirkt sich auf die Interessen der Belegschaft (Mitarbeiter) und auf das Betriebsverhältnis nicht aus, da die Qualifizierungsnehmer den arbeitstechnischen Zweck der Einheit nicht mitverfolgen[375]. Das Mitbestimmungsrecht kann nur diejenigen Arbeitnehmer betreffen, die durch den Betriebsrat vertreten sind; die Qualifizierungsnehmer jedoch erfahren in der betriebsorganisatorisch eigenständigen Einheit keine Repräsentation durch den Betriebsrat.

[374] So BAG v. 10.4.1984, AP Nr. 4 zu § 95 BetrVG 1972 mit Anm. *Hönn* = NZA 1984, S. 233 (235); MünchArbR/*Matthes*, § 353 Rdnr. 10; *Fitting*, BetrVG § 99 Rdnr. 116.
[375] Vgl. die Ausführungen § 2 II. 2..

Der Transfer der zukünftigen Qualifizierungsnehmer in die Einheit durch Änderungsvertrag ist eine Versetzung, deren tatsächlicher Vorgang demnach der Zustimmung des Betriebsrats des abgebenden Betriebes bedarf. Eine solche kann bei den Verhandlungen der Betriebspartner über die Einrichtung der Einheit, eingeholt werden, wenn die Qualifizierungsnehmer bereits feststehen.

3. Mitbestimmung in besonderen Fällen nach § 103 Abs. 3 BetrVG

Problematisch ist die Versetzung eines Arbeitnehmers in die betriebsorganisatorisch eigenständige Einheit, der im bisherigen Betrieb ein Betriebsratsmandat innehat. Eine nicht mehr vorübergehende Versetzung (länger als 1 Monat) würde zu einem Ausscheiden aus dem bisherigen Betrieb und wegen §§ 7, 8 BetrVG zum Verlust des Betriebsratsmandats führen, s. § 24 Nr. 4 BetrVG. Diese Rechtswirkung löst einen besonderen Mitbestimmungstatbestand aus, § 103 BetrVG. Die Mitbestimmung nach § 103 Abs. 3 BetrVG ist lex specialis gegenüber § 99 BetrVG[376]. Sie erfasst nach § 103 Abs. 3 BetrVG diejenigen Versetzungsfälle, die der Arbeitgeber mittels Direktionsrecht vornehmen kann, vor Versetzung durch außerordentliche Änderungskündigung ist das Betriebsratsmitglied ausreichend durch § 103 Abs. 1 und Abs. 2 BetrVG geschützt.

Das Mitbestimmungsrecht nach § 103 Abs. 3 BetrVG ist nach Satz 1 2. HS entbehrlich, wenn das Betriebsratsmitglied mit der Versetzung einverstanden ist. Der Verzicht ändert an der individualrechtlichen Versetzung nichts, lediglich die kollektiven Interessen treten hinter der Entscheidungsfreiheit des Arbeitnehmers zurück, aus dem Betrieb auszuscheiden und sein Betriebsratsmandat aufzugeben. Als Betriebsratsmitglied ist ihm bekannt, dass er mit Ausscheiden aus dem Betrieb sein Mandat verliert; er bedarf keines besonderen Schutzes durch die Mitarbeitervertretung.

Für die Versetzung eines Betriebsratsmitgliedes in die betriebsorganisatorisch eigenständige Einheit muss daher im Einzelfall entschieden werden, ob sie dorthin

[376] *Fitting*, BetrVG § 103 Rdnr. 71; Richardi/*Thüsing*, BetrVG § 103 Rdnr. 37; GK-BetrVG/*Raab*, § 103 Rdnr. 44; *Löwisch/Kaiser*, BetrVG § 103 Rdnr. 37.

wegen besonderer fachlicher Eignung aufgrund dringender betrieblicher Gründe notwendig ist oder ob die kollektiven Interessen an der Fortführung des Betriebsratsmandats überwiegen. Eine solche betriebliche Notwendigkeit dürfte nur in Ausnahmesituationen bestehen[377]. Die Einrichtung einer betriebsorganisatorisch eigenständigen Einheit ist eine solche betriebliche Notwendigkeit, wenn das Betriebsratsmitglied als Mitarbeiter (Arbeitnehmer) dorthin versetzt wird und nach deren Schließung in einen anderen Betrieb des Unternehmens zurückkehren kann. Die kollektiven Interessen an der Fortführung des Betriebsratsamtes durch die Mandatsträger überwiegen in der Regel gegenüber dem Willen des Arbeitgebers, geeignete Mitarbeiter in die betriebsorganisatorisch eigenständige Einheit zu versetzen. Die Versetzung wäre daher gemäß § 78 Satz 1 BetrVG unzulässig, eine entsprechende arbeitsrechtliche Weisung nach § 134 BGB nichtig.

4. Rechtsfolgen bei betriebsverfassungswidrigen Versetzungen

Führt der Arbeitgeber die Versetzung ohne ordnungsgemäße Beteiligung des Betriebsrats durch, so kann dieser nach § 101 Satz 1 BetrVG beim Arbeitsgericht beantragen, dem Arbeitgeber aufzugeben, die Versetzung aufzuheben. Dieses Recht steht dem Betriebsrat unabhängig davon zu, ob der Arbeitgeber individualrechtlich zur Durchführung der Versetzung berechtigt war. Der Arbeitnehmer kann dann auf seinen bisherigen Arbeitsplatz zurückkehren.

5. Ergebnis

Bei Umsetzung der Personalanpassungsmaßnahme durch Kündigung, Änderungskündigung und Ausübung des Direktionsrechts – bei einem einvernehmlichen Ausscheiden durch dreiseitigen Vertrag erfolgt keine Mitbestimmung – sind unterschiedliche Mitbestimmungsrechte des Betriebsrats zu beachten. Der Umfang der Mitbestimmung des Betriebsrats bestimmt sich danach, ob der Wechsel in die interne betriebsorganisatorisch eigenständige Einheit zukünftige Mitarbeiter oder zukünftige Qualifizierungsnehmer betrifft. Insbesondere bei Versetzung von

[377] *Fitting*, BetrVG § 103 Rdnr. 74; DKK/*Kittner*, BetrVG § 103 Rdnr. 72 f.; a.A. HSWG/*Schlochauer*, BetrVG § 103 Rdnr. 18a; KR/*Etzel*, § 103 BetrVG Rdnr. 175b.

Betriebsratsmitgliedern können die kollektiven Interessen überwiegen, so dass die Versetzung nicht durchsetzbar ist.

III. Mitbestimmung in sozialen Angelegenheiten, § 87 Abs. 1 Nr. 8 BetrVG

Erfüllt die betriebsorganisatorisch eigenständige Einheit die Voraussetzungen einer Sozialeinrichtung i.S.d. § 87 Abs. 1 Nr. 8 BetrVG, unterläge sie – es sei denn, es besteht eine Regelung durch Gesetz oder Tarifvertrag – der Mitbestimmung des Betriebsrats des bisherigen Arbeitgebers.

1. Die betriebsorganisatorisch eigenständige Einheit – eine Sozialeinrichtung i.S.d. § 87 Abs. 1 Nr. 8 BetrVG?

Zunächst ist zu untersuchen, ob die betriebsorganisatorisch eigenständige Einheit die Kriterien einer Sozialeinrichtung i.S.d. § 87 Abs 1 Nr. 8 BetrVG erfüllt. Das *BAG* hat das Problem bisher nur in einer Entscheidung im Zusammenhang über die Zuständigkeit des Arbeitsgerichts für eine Auskunftsklage gegen eine Beschäftigungsgesellschaft angesprochen[378].

a) Begriff der Sozialeinrichtung

Die Sozialeinrichtung dient der Verbesserung der sozialen Lebensbedingungen der Arbeitnehmer und/oder ihrer Hinterbliebenen. Sie bedarf einer Institutionalisierung, einer (eigenen) Organisation und muss auf gewisse Dauer angelegt sein[379]. Von einer mitbestimmungspflichtigen Sozialeinrichtung kann ausgegangen werden, wenn die Leistung aus einer besonders zu verwaltenden Vermögensmasse (zweckgebundenen Sondervermögen) erfolgt[380]. Die Leistungen einer solchen Einrichtung sind zwar keine Gegenleistung für die unmittelbar geschuldete Arbeitsleistung; sie sind indes in einem weiteren Sinne Entgelt und werden im Grun-

[378] BAG v. 23.8.2001, AP Nr. 77 zu § 2 ArbGG 1979 = NZA 2002, S. 230 (231).
[379] *Fitting*, BetrVG § 87 Rdnr. 340 f.; GK-BetrVG/*Wiese*, § 87 Rdnr. 678; *Richardi*, BetrVG § 87 Rdnr. 603.
[380] BAG v. 12.6.1975, AP Nr. 1 zu § 87 BetrVG 1972 Altersversorgung mit Anm. *Richardi* = BB 1975, S. 1062 (1063); BAG v. 24.4.1986, AP Nr. 7 zu 87 BetrVG 1972 Sozialeinrichtung mit Anm. *Mühl* = BB 1987, S. 545 (548); BAG v. 26.4.1988, AP Nr. 16 zu § 87 BetrVG 1972 Altersversorgung = BB 1988, S. 2249 (2250).

de für die (fortdauernde) Zugehörigkeit zum Betrieb gewährt[381]. Durch Sozialeinrichtungen werden den Arbeitnehmern zusätzliche soziale Vorteile gewährt[382] oder gesichert. Ihr Wirkungsbereich ist auf den Betrieb, das Unternehmen oder den Konzern beschränkt, vgl. § 87 Abs. 1 Nr. 8 BetrVG. Das folgt aus Sinn und Zweck des Mitbestimmungsrechts des Betriebsrats und beinhaltet, dass die durch die Sozialeinrichtung Begünstigten aus dem Konzernbereich stammen müssen. Dabei ist unerheblich, ob die Sozialleistungen (auch) Personen zugute kommen, die dem Unternehmen oder Konzern nicht mehr angehören, z.B. Pensionären, wenn sie ursprünglich Arbeitnehmer des Unternehmens oder Konzern waren oder nun als „Gäste“ geduldet sind[383]. Daraus folgt, dass die Sozialeinrichtung keinem unbestimmten und keinem vom Betriebsrat überhaupt nicht repräsentierten Personenkreis offenstehen darf[384], denn auf diesen kann sich das Mitbestimmungsrecht nicht erstrecken. Eine Sozialeinrichtung kann in eigener Rechtsform und von Dritten betrieben werden, so dass ein Mitbestimmungsrecht nach § 87 Abs. 1 Nr. 8 BetrVG auch dann besteht, wenn die Sozialeinrichtung einen eigenen Betriebsrat nach §§ 1, 4 BetrVG bilden kann bzw. bildet[385]. Der Wirkungsbereich einer Sozialeinrichtung richtet sich nach dem satzungsmäßigen Zweck. Es kommt nicht darauf an, wer Nutzungsrechte erwirbt und in welcher Form sie erworben werden, sondern welchem Personenkreis die Sozialeinrichtung gewidmet ist.

b) Beschluss des *BAG* vom 23.8.2001 zu § 2 Abs. 1 Nr. 4 b ArbGG

In der Entscheidung war die Frage des Rechtswegs bei einer Klage gegen eine Beschäftigungsgesellschaft zu klären; ob die betriebsorganisatorisch eigenständige Einheit eine Sozialeinrichtung auch i.S.d. § 87 Abs. 1 Nr. 8 BetrVG ist, war nicht entscheidungserheblich. Das *BAG* unterschied nicht zwischen dem Begriff Sozialeinrichtung i.S.d. § 2 Abs. 1 Nr. 4 b ArbGG und i.S.d. § 87 Abs. 1 Nr. 8 BetrVG, sondern legte beiden Regelungen die Definition zugrunde, die es in einer

[381] *Fitting*, BetrVG § 87 Rdnr. 335.
[382] *V. Hoyningen-Huene*, BetrVR § 12 II 8..
[383] BAG v. 21.6.1979, AP Nr. 1 zu § 87 BetrVG Sozialeinrichtung mit Anm. *Martens* = BB 1979, S. 1718 (1718); GK-BetrVG/*Wiese*, § 87 Rdnr. 697.
[384] *Richardi*, BetrVG § 87 Rdnr. 612; GK-BetrVG/*Wiese*, § 87 Rdnr. 698; ErfK/*Kania*, § 87 BetrVG Rdnr. 70; MünchArbR/*Matthes*, § 339 Rdnr. 17; *Fitting*, BetrVG § 87 Rdnr. 342.
[385] *Fitting*, BetrVG § 87 Rdnr. 368; *Richardi*, BetrVG § 87 Rdnr. 668.

Entscheidung vom 24.4.1986[386] im Zusammenhang mit einer Sozialeinrichtung nach § 87 Abs. 1 Nr. 8 BetrVG verwendet hatte. Der Terminus Sozialeinrichtung (i.S.d. § 2 Abs. 1 Nr. 4 b ArbGG) sei eine bedeutungsgleiche zeitgemäßere Bezeichnung für die in § 56 BetrVG 1956 bzw. § 2 Abs. 4 ArbGG a.F. genannte „Wohlfahrtseinrichtung“[387]. Voraussetzung sei, dass soziale Leistungen des Arbeitgebers nach allgemeinen Richtlinien aus einer abgesonderten, besonders zu verwaltenden Vermögensmasse stammten. Insoweit sei es unerheblich, ob die betriebsorganisatorisch eigenständige Einheit unternehmensintern oder bei einer Beschäftigungsgesellschaft eingerichtet wurde. Die Beschäftigungsgesellschaft erhalte zwar die formale Stellung eines neuen Arbeitgebers, wenn sie im Auftrag des Altarbeitgebers den Bezug von Transfer- (seinerzeit: Struktur-) Kurzarbeitergeld organisiere und somit die Leistungen an die Arbeitnehmer auf einem eigenständigen neuen Rechtsgrund basierten, dennoch könne die Transfergesellschaft als Sozialeinrichtung des bisherigen Arbeitgebers angesehen werden.

c) Anwendbarkeit auf die betriebsorganisatorisch eigenständige Einheit

Soweit für die Rechtswegfrage entscheidend war, dass alle Fragen, die in mittelbarer Beziehung mit einem Arbeitsverhältnis stehen, vor den Arbeitsgerichten zu klären sind, folgt daraus keineswegs ein Mitbestimmungstatbestand für den Betriebsrat. Das *BAG* geht davon aus, dass der Begriff der Sozialeinrichtung in § 2 Abs. 1 Nr. 4 b ArbGG mit dem in § 87 Abs. 1 Nr. 8 BetrVG deckungsgleich ist[388]. Die betriebsorganisatorisch eigenständige Einheit erfüllt die Voraussetzungen einer selbständigen Verwaltungsorganisation, die sich schon aufgrund der personellen Eigenständigkeit und räumlichen Trennung einer Einheit vom übrigen Betrieb ergibt. Durch die Festlegung der Remanenz- und Qualifizierungskosten im Sozialplan, ist das „Vermögen“ der Einheit zweckgebunden. Ausgaben dürfen nur entsprechend dem arbeitstechnischen Zweck der Einheit verwendet werden, nämlich für Qualifizierungsmaßnahmen und Vermittlungen der Qualifizierungsnehmer in neue Arbeitsverhältnisse. Sowohl interne als auch externe betriebsorganisatorisch

[386] BAG v. 24.4.1986, AP Nr. 7 zu § 87 BetrVG Sozialeinrichtung mit Anm. *Mühl* = BB 1987, S. 545 (548).
[387] BAG v. 23.8.2001, AP Nr. 77 zu § 2 ArbGG 1979 = NZA 2002, S. 230 (231).
[388] BAG v. 23.8.2001 a.a.O; GK-ArbGG/*Wenzel*, § 2 Rdnr. 161; so auch *Heither*, ArbGG B § 2-17/6.

eigenständige Einheiten stehen einem eindeutig abgrenzbaren Personenkreis zur Verfügung, den an sich betriebsbedingt zu kündigenden Arbeitnehmern. Der bisherige Arbeitgeber stellt bei einer internen Einheit zusätzlich zu den Einrichtungsgegenständen seine Arbeitskräfte zur Verfügung, die er entlohnt und die ihm direkt keine Gegenleistung erbringen, sondern der betriebsorganisatorisch eigenständigen Einheit; die externe Einheit stattet er mit den hierfür erforderlichen Finanzmitteln aus.

Es bleibt die Frage, ob die Beschäftigung in der Einheit für die Betroffenen einen sozialen Vorteil darstellt. Umfangreiche Qualifizierungsmaßnahmen, intensives Bewerbungstraining und individuelle Betreuung sind Leistungen, die dem Zweck dienen, die Arbeitnehmer in neue Arbeitsverhältnisse zu vermitteln. Zwar ist der bisherige Arbeitgeber durch die von ihm durchgeführte Betriebsänderung Auslöser für die Situation der Qualifizierungsnehmer, er stärkt aber gleichzeitig seine wirtschaftliche Position und damit die Arbeitsplätze der im Betrieb verbleibenden Arbeitnehmer. Für die nicht vermittelten Qualifizierungsnehmer bedeutet das Beschäftigungsverhältnis die sozialverträgliche Abwicklung ihrer alten Arbeitsverhältnisse. Diese Leistungen stehen in direktem wirtschaftlichen und rechtlichen Zusammenhang mit den bisherigen Arbeitsverhältnissen, auch wenn diese nicht mehr fortbestehen. Wäre ein Beschäftigungsverhältnis in der Einheit nicht möglich, müssten die Betroffenen Leistungen nach §§ 117 ff. SGB III in Anspruch nehmen; das Qualifizierungsverhältnis stellt damit einen sozialen Vorteil gegenüber Arbeitslosigkeit dar. Grundsätzlich kann eine betriebsorganisatorisch eigenständige Einheit also eine Sozialeinrichtung i.S.d. § 87 Abs. 1 Nr. 8 BetrVG sein.

In der genannten Entscheidung des *BAG* wird nicht zwischen dem Normzweck der Sozialeinrichtung im Rahmen des § 2 Abs. 1 Nr. 4 b ArbGG und § 87 Abs. 1 Nr. 8 BetrVG unterschieden. Letzterer ist vor allem unter dem Gesichtspunkt der betrieblichen Mitbestimmung zu sehen. Sie dient der Sicherung der innerbetrieblichen Verteilungsgerechtigkeit und Transparenz der Maßnahmen[389], vor allem dem Schutz der Arbeitnehmer. Sie sollen an den wichtigsten Arbeitsbedingungen im Betrieb mitwirken können, dazu gehört auch die Zuwendung von sozialen Vor-

[389] *Fitting*, BetrVG § 87 Rdnr. 333.

teilen durch eine Sozialeinrichtung. Mit § 2 Abs. 1 Nr. 4 b ArbGG sollen hingegen alle bürgerlich-rechtlichen Streitigkeiten, die in greifbarer Beziehung zu Arbeitsverhältnissen stehen, auch prozessual im Rahmen der Arbeitssachen erfasst werden[390]. Für Streitigkeiten, die in rechtlicher oder wirtschaftlicher Beziehung mit einem Arbeitsverhältnis stehen oder mit der Fürsorgepflicht des Arbeitgebers zusammenhängen könnten, müssen ausschließlich die Arbeitsgerichte zuständig sein. Richtigerweise kann grundsätzlich nicht von Bedeutung sein, ob eine interne oder externe betriebsorganisatorisch eigenständige Einheit geschaffen wurde. Zwar bleibt die interne Einheit Teil des Unternehmens, während die externe Einheit Teil einer Transfergesellschaft wird und die Arbeitnehmer aus dem Unternehmen ausscheiden. Maßgeblich kommt es indes auf den begünstigten Personenkreis an, d.h. wem die Sozialeinrichtung gewidmet ist; d.s. alle von der Personalanpassungsmaßnahme betroffenen Arbeitnehmer.

Für das Mitbestimmungsrecht ist entscheidend, ob der bisherige Arbeitgeber überhaupt noch in der Lage ist, in irgendeiner Form auf die unternehmerische Tätigkeit der betriebsorganisatorisch eigenständigen Einheit einzuwirken, ob also die Einheit – die formal alle Kriterien einer Sozialeinrichtung i.S.d. § 87 Abs. 1 Nr. 8 BetrVG erfüllt – Bestandteil der betrieblichen Mitbestimmung sein kann und muss. Das ist für die Fallkonstellation einer internen Einheit nicht zu bezweifeln; sie bleibt Teil des Unternehmens. Soweit jedoch eine externe Transfergesellschaft gegründet wird, kommt es auf die nähere Ausgestaltung des Kooperationsvertrages an. Wenn überhaupt wird eine Einflussmöglichkeit ausschließlich über die vertraglich festgelegte Verwendung der Finanzmittel bestehen bleiben. Wickelt der bisherige Arbeitgeber die Einrichtung und Durchführung der Qualifizierungs- und Vermittlungstätigkeit über einen Treuhänder ab oder wird zur Durchführung der Einrichtung der Einheit bei der Transfergesellschaft eine Drittfirma eingeschaltet, gehen die Kontrollmöglichkeiten über die zweckentsprechende Mittelverwendung regelmäßig auf den Treuhänder/Drittfirma über, so dass ein Einfluss auf das Vertragsverhältnis ‚bisheriger Arbeitgeber – Treuhänder/Drittfirma' bestehen bleibt. Mit der Freistellung von jeder vertraglichen Verpflichtung verliert der Arbeitgeber

[390] BAG v. 23.8.2001, AP Nr. 77 zu § 2 ArbGG 1979 = NZA 2002, S. 230 (231); BAG v. 3.2.1965, NJW 1965, S. 1624 (1624).

auch „seine“ Sozialeinrichtung bzw. der Betriebsrat seine Mitbestimmung.

Soweit gegen den generellen Status der externen betriebsorganisatorisch eigenständigen Einheit als Sozialeinrichtung eingewandt wird, sie beruhe zwar auf einer Leistung des bisherigen Arbeitgebers und gewähre den Betroffenen soziale Vorteile, durch die Rechtsgestaltung mit der Folge des sofortigen Ausscheidens belohne diese jedoch keine bisherige Betriebstreue, vielmehr das Verlassen des Betriebes, so liegt der Grund gerade in ihrer besonderen Zweckbestimmung und steht ihrer Eigenschaft als Sozialeinrichtung nicht entgegen. Auf den mit den Sozialleistungen verfolgten Zweck und die Motive kommt es nicht an[391]. Es ist somit unbeachtlich, ob der Arbeitgeber die Sozialeinrichtung aus uneigennützigen Motiven einrichtet oder nicht und inwieweit auch eigene Interessen (sozialverträgliche Personalabbaumaßnahme) bedient werden.

Folglich ist die betriebsorganisatorisch eigenständige Einheit sowohl in interner als auch externer Gestaltungsform eine Sozialeinrichtung des bisherigen Arbeitgebers i.S.d § 87 Abs. 1 Nr. 8 BetrVG, für die ein Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats besteht.

2. Inhalt des Mitbestimmungsrechts

Der Ausübung des Mitbestimmungsrechts sind inhaltliche Grenzen gesetzt. Da im Rahmen der Mitbestimmung nicht in die unternehmerische Entscheidungsfreiheit eingegriffen werden darf, erstreckt es sich nur auf Form, Ausgestaltung und Verwaltung der Sozialeinrichtung[392], vgl. § 87 Abs. 1 Nr. 8 BetrVG.

a) Errichtung und Schließung der Sozialeinrichtung

Nach dem Wortlaut des § 87 Abs. 1 Nr. 8 hat der Betriebsrat für Form, Ausgestaltung und Verwaltung der Sozialeinrichtung mitzubestimmen; die Errichtung der Sozialeinrichtung ist von der Mitbestimmung ausgeschlossen. Die Einrichtung der

[391] *Fitting*, BetrVG § 87 Rdnr. 337; GK-BetrVG/*Wiese*, § 87 Rdnr. 691.
[392] Ausführlich hierzu *Fitting*, BetrVG § 87 Rdnr. 350.

betriebsorganisatorisch eigenständigen Einheit kann daher grundsätzlich nicht erzwungen werden[393], wie sich auch aus § 88 Nr. 2 BetrVG ergibt. Damit unmittelbar zusammen hängt sowohl der Entschluss, die Sozialeinrichtung überhaupt einzurichten, als auch die finanzielle Ausstattung, die Dotierung[394] sowie die Schließung. Der Betriebsrat kann somit über das Mitbestimmungsrecht nicht erzwingen, dass der Arbeitgeber die Finanzmittel der betriebsorganisatorisch eigenständigen Einheit erhöht. Allein im Rahmen der freiwilligen Mitbestimmung nach § 88 Nr. 2 BetrVG kann die Einrichtung vereinbart werden.

b) Form, Ausgestaltung und Verwaltung der Sozialeinrichtung

Hat der Arbeitgeber sich entschlossen, eine Sozialeinrichtung zu schaffen, ist die Entscheidung über die Rechtsform der Einrichtung mitbestimmungspflichtig[395]. Diese Frage ist Teil der „Form“ der Sozialeinrichtung. Damit muss von den Betriebspartnern festgelegt werden, wer Betreiber der Sozialeinrichtung sein soll. Der Arbeitgeber könnte innerhalb der Zweckbestimmung zwar allein den begünstigten Personenkreis abstrakt bestimmen[396], nicht jedoch die konkrete Auswahl der begünstigten Personen vornehmen. Diese ist Bestandteil der laufenden Verwaltung. So unterliegt die Festlegung des Personenkreises der Qualifizierungsnehmer der Mitbestimmung ebenso wie die Frage, welche Bildungs- und Qualifizierungsmaßnahmen in der betriebsorganisatorisch eigenständigen Einheit (abstrakt) angeboten werden sollen.

Dem Mitbestimmungsrecht nach § 87 Abs. 1 Nr. 8 BetrVG steht nicht entgegen, dass die interne betriebsorganisatorisch eigenständige Einheit nach §§ 1, 4 BetrVG selbst einen Betriebsrat gebildet hat, vgl. **§ 2 III.**. Dieser Betriebsrat hat ein Mitbestimmungsrecht bzgl. der eigenen Angelegenheiten und Beschäftigten.

---

[393] BAG v. 13.3.1973, AP Nr. 1 zu § 87 BetrVG 1972 Werkmietwohnungen mit Anm. *Richardi* = BB 1973, S. 845 (845); *Richardi*, BetrVG § 87 Rdnr. 626; GK-BetrVG/*Wiese*, § 87 Rdnr. 705.

[394] St. Rspr. vgl. BAG v. 12.6.1975, AP Nr. 1 zu § 87 BetrVG 1972 Altersversorgung mit Anm. *Richardi* = BB 1975, S. 1062 (1064); BAG v. 26.4.1988, AP Nr. 16 zu § 87 BetrVG 1972 Altersversorgung = BB 1988, S. 2249 (2250).

[395] *Fitting*, BetrVG § 87 Rdnr. 357; *Richardi*, BetrVG § 87 Rdnr. 634; MünchArbR/*Matthes*, § 339 Rdnr. 31; GK-BetrVG/*Wiese*, § 87 Rdnr. 716; ErfK/*Kania*, § 87 BetrVG Rdnr. 76; DKK/*Klebe*, BetrVG § 87 Rdnr. 215.

[396] BAG v. 26.4.1988, AP Nr. 16 zu § 87 BetrVG 1972 Altersversorgung = BB 1988, S. 2249 (2250).

c) Stellungnahme

Überlegenswert bleibt, ob die Feststellung, dass die betriebsorganisatorisch eigenständige Einheit (auch) eine Sozialeinrichtung ist, nennenswerte Auswirkungen auf die betriebliche Praxis hat. Vor dem Hintergrund, dass mit dem erzwingbaren Mitbestimmungsrecht nach § 87 BetrVG eine einseitige Anordnung des Arbeitgebers durch eine einvernehmliche Einigung (notfalls durch die Einigungsstelle) ersetzt wird, reicht das Mitbestimmungsrecht nicht weiter, als es dem Betriebsrat nach §§ 111 ff. BetrVG ohnehin möglich ist, Einfluss auf die Einrichtung einer betriebsorganisatorisch eigenständigen Einheit zu nehmen. Vielmehr ist davon auszugehen, dass die Mitwirkung des Betriebsrats im Rahmen von Sozialplanverhandlungen nach einer Personalanpassungsmaßnahme stärkeres Gewicht findet, als die Mitbestimmung im Rahmen des § 87 Abs. 1 Nr. 8 BetrVG. Die Mitwirkung im Rahmen der §§ 111 ff. BetrVG umfasst dann nämlich nicht nur die Verwaltung, sondern auch die Einrichtung der betriebsorganisatorisch eigenständigen Einheit.

3. Ergebnis

Die betriebsorganisatorisch eigenständige Einheit kann sowohl in interner als auch externer Gestaltung eine Sozialeinrichtung i.S.d. § 87 Abs. 1 Nr. 8 BetrVG sein. Da das Mitbestimmungsrecht nach § 87 Abs. 1 Nr. 8 BetrVG dabei weniger weit reicht als nach §§ 111 ff. BetrVG, ist der Mitbestimmungstatbestand von geringer Bedeutung.

§ 8 Arbeitsrechtliche und arbeitsförderungsrechtliche Einzelfragen

Die Konstruktion der dreiseitigen Verträge wirft eine Reihe von arbeitsrechtlichen und arbeitsförderungsrechtlichen Einzelfragen auf, die nachfolgend untersucht werden.

I. Problematik des § 613 a BGB beim dreiseitigen Vertrag

Die dreiseitigen Verträge könnten darauf abzielen, die Wirkungen des § 613 a Abs. 1 BGB zu umgehen. Da die Einrichtung einer (externen) betriebsorganisatorisch eigenständigen Einheit Folge einer Betriebsänderung ist, geht sie häufig mit der rechtsgeschäftlichen Übertragung eines Betriebs(teils) einher. Liegt darin ein Betriebsübergang i.S.d. § 613 a BGB, greift möglicherweise zugunsten der durch dreiseitigen Vertrag nicht übergegangenen Arbeitsverhältnisse die Schutzvorschrift des § 613 a Abs. 4 BGB ein. § 613 a BGB gilt für alle Arbeitsverhältnisse, unabhängig von der Betriebsgröße[397]. Es werden daher auch Arbeitnehmer geschützt, deren Arbeitsverhältnis nicht unter den Schutz des Kündigungsschutzgesetzes fällt, bspw. im Kleinbetrieb.

1. Kein Betriebsübergang i.S.d. § 613 a Abs. 1 Satz 1 BGB auf Transfergesellschaft

Mit der Gründung einer Transfergesellschaft könnte ein Betriebsübergang nach § 613 a Abs. 1 BGB vorliegen, wenn durch die Übernahme der Arbeitnehmer und Qualifizierungsnehmer die Identität der wirtschaftlichen Einheit des Produktions- bzw. Dienstleistungsbetriebs gewahrt bleibt. Bei der Auslegung des Betriebsbegriffs nach § 613 a BGB ist im Sinne einer teleologischen Interpretation vom allgemeinen Betriebsbegriff abzuweichen[398]. Kerninhalt des Betriebsbegriffs nach § 613 a Abs. 1 Satz 1 BGB ist die wirtschaftliche Einheit[399]. Mit Urteil vom 11.3.1997 hat der *EuGH*[400] die Kriterien für einen Betriebsübergang i.S.d. EWG-

[397] *Schaub*, ArbR-Hdb. § 118 Rdnr. 80; KR/*Pfeiffer*, § 613 a BGB Rdnr. 183.
[398] *Annuß*, ZInsO 2001, S. 49 (51).
[399] BAG v. 24.5.2005, NZA 2006, S. 31 (32); BAG v. 8.8.2002, NZA 2003, S. 315 (317); BAG v. 16.5.2002, AP Nr. 237 zu § 613 a BGB = NZA 2003, S. 93 (98); BAG v. 13.11.1997, AP Nr. 170 zu § 613 a BGB = NZA 1998, S. 249 (250).
[400] Vgl. EuGH v. 11.3.1997 (Ayse Süzen), AP Nr. 14 zu EWG-Richtlinie Nr. 77/187 = NZA 1997, S. 433 (434); vgl. *Willemsen/Hohenstatt/Schweibert/Seibt*, S. 781 Rdnr. 10 ff., S.807 Rdnr. 47.

Richtlinie 77/187/EWG klarstellend aufgezeigt, die auch Bedeutung für die Auslegung des § 613 a BGB haben. Danach ist zur Beurteilung der wirtschaftlichen Einheit auf eine Gesamtschau abzustellen, es müssen sämtliche den betreffenden Vorgang kennzeichnenden Tatsachen berücksichtigt werden. Dazu gehören namentlich die Art des betreffenden Unternehmens oder Betriebes, der etwaige Übergang der materiellen Betriebsmittel wie Gebäude und bewegliche Güter, der Wert der immateriellen Aktiva im Zeitpunkt des Übergangs, die etwaige Übernahme der Hauptbelegschaft durch den neuen Inhaber, der etwaige Übergang der Kundschaft sowie der Grad der Ähnlichkeit zwischen den vor und nach dem Übergang verrichteten Tätigkeiten. Die bloße Übernahme einer Aufgabe kann danach nicht schon als Betriebsübernahme gesehen werden. Diese Umstände sind jedoch nur Teilaspekte der vorzunehmenden Gesamtbewertung und dürfen deshalb nicht isoliert betrachtet werden. Für die Auslegung des § 613 a BGB wirken sich diese die EWG-Richtlinie betreffenden Ausführungen zur Beurteilung der wirtschaftlichen Einheit i.S.d. § 613 a BGB insoweit aus, dass entweder relevante materielle oder immaterielle Betriebsmittel von dem Unternehmen übertragen oder ein nach Zahl und Sachkunde wesentlicher Teil des vom Vorgänger eingesetzten Personals übernommen werden müssen[401]. In Branchen, in denen es im wesentlichen auf die menschliche Arbeitskraft ankommt (Dienstleistungsbereich), ist eine übernahmefähige wirtschaftliche Einheit auch in einer organisierten Gesamtheit von Arbeitnehmern zu sehen, die durch eine gemeinsame Tätigkeit dauerhaft verbunden sind[402]. Nach europarechtskonformer Auslegung beinhaltet sie den Übergang einer ihre Identität bewahrenden wirtschaftlichen Einheit im Sinne organisierter Zusammenfassung von Ressourcen (sächliche und personelle Betriebsmittel) zur Verfolgung einer wirtschaftlichen Haupt- oder Nebentätigkeit[403]. Bei den übertragenen sächlichen und immateriellen Betriebsmitteln muss es sich um eine organisatorische Untergliederung handeln, mit der innerhalb des betrieblichen Gesamtzwecks ein Teilzweck verfolgt wird, auch wenn es sich nur um eine untergeordnete Hilfsfunktion handelt. Den für das Vorliegen eines Übergangs maßgeblichen Kriterien kommt je nach der ausgeübten Tätigkeit und je nach den Produkti-

[401] Vgl. zuletzt BAG v. 24.5.2005, NZA 2006, S. 31 (33); BAG v. 28.10.2004, NZA 2005, S. 405 (405).
[402] BAG v. 13.11.1997, AP Nr. 169 zu § 613 a BGB = NZA 1998, S. 251 (252); *Willemsen/Hohenstatt/Schweibert/Seibt*, S. 799 Rdnr. 34.
[403] Vgl. die Richtlinie RL 2001/23/EG Art. 1 Abs. 1b, zuvor RL 77/187/EWG.

ons- und Betriebsmethoden unterschiedliches Gewicht zu[404].

In der Transfergesellschaft ist eine im Wesentlichen unveränderte Fortführung der bisher in dieser abgrenzbaren Einheit geleisteten Tätigkeit nicht möglich, da die Qualifizierungsnehmer keine Arbeitsleistung erbringen, insbesondere nicht mehr durch eine gemeinsame Tätigkeit dauerhaft verbunden sind, sondern sich selbst qualifizieren und weiterbilden. Die Arbeitsplätze im bisherigen Betrieb fallen weg; sächliche Betriebsmittel werden nicht übertragen. Die Identität der wirtschaftlichen Einheit von veräußertem Betriebs(teil) und bei der Transfergesellschaft eingerichteter betriebsorganisatorisch eigenständiger Einheit ist folglich nicht gewahrt[405]. Die Übernahme der Arbeitnehmer und Qualifizierungsnehmer in die Transfergesellschaft stellt keinen Betriebsübergang nach § 613 a Abs. 1 Satz 1 BGB dar.

2. Mögliche Umgehung des Kündigungsverbots nach § 613 a Abs. 4 Satz 1 BGB

Fraglich ist, ob die aufgrund einer Betriebsveräußerung geschlossenen dreiseitigen Verträge mit ihren Aufhebungsvereinbarungen dazu dienen können, die Wirkung des § 613 a Abs. 1 Satz 1 BGB zu umgehen. Die zuvor in die Transfergesellschaft gewechselten Arbeitnehmer könnten dann bei Betriebsfortführung durch den Erwerber gegenüber diesem einen Fortsetzungsanspruch nach § 613 a Abs. 1 Satz 1 BGB geltend machen. Entsprechend § 613 a Abs. 4 Satz 1 BGB sind nämlich nicht nur anlässlich des Betriebsübergangs erfolgte Kündigungen, sondern auch Aufhebungsverträge unwirksam; von der Unwirksamkeitswirkung wären daher auch die dreiseitigen Verträge erfasst.

Beabsichtigt der Erwerber, neben der Betriebsfortführung nachfolgend die Wiedereinstellung eines Teils der zur Transfergesellschaft übergewechselten Arbeitnehmer, könnte dieser durch die gewählte Vertragsgestaltung die Arbeitsbedingungen der in den fortgeführten Betrieb zurückkehrenden Arbeitnehmer zu deren Nachteil abändern. Dem bisherigen Arbeitgeber wäre es möglich, sich trotz Betriebsübergang i.S.d. § 613 a Abs. 1 Satz 1 BGB der Sozialauswahl entledigen, so

[404] St. Rspr., vgl. BAG v. 13.6.2006, – www.Bundesarbeitsgericht.de –, BAG v. 8.8.2002, NZA 2003, S. 315 (317); BAG v. 26.8.1999, AP Nr. 196 zu § 613 a BGB = NZA 2000, S. 144 (145).
[405] So auch KDZ/*Zwanziger*, KSchR § 613 a BGB Rdnr. 174; *Stück*, MDR 2005, S. 361 (362).

dass der Erwerber seine Tätigkeit mit einer seinem Konzept entsprechenden Reduktion der früheren Belegschaft beginnen kann. Zu berücksichtigen ist indes, dass der Betriebsveräußerer auch dann zu einer betriebsbedingten Kündigung berechtigt ist, wenn der jeweilige Arbeitsplatz erst aufgrund des Erwerberkonzepts wegfällt und somit der Ausspruch einer betriebsbedingten Kündigung durch den Erwerber gerechtfertigt wäre[406]. Maßgeblich ist daher auf den mit dem dreiseitigen Vertrag verfolgten Zweck sowie die zeitliche Abfolge von Unternehmerentscheidung, Kündigung und Betriebsübergang abzustellen.

Geht es bei Abschluss eines Aufhebungsvertrages (als Teil des dreiseitigen Vertrages) darum, die Kontinuität des Arbeitsverhältnisses zu beseitigen, wodurch der Arbeitnehmer bei gleichzeitigem Erhalt des Arbeitsplatzes die bisher erdienten Besitzstände verliert[407], ist dieser nach § 134 BGB nichtig. Aufhebungsvereinbarungen in Form eines dreiseitigen Vertrages zwischen Arbeitnehmer, altem und neuem Arbeitgeber sind unwirksam, wenn zwischen den Parteien feststeht, dass der Arbeitnehmer nach zwischenzeitlichem Beschäftigungsverhältnis in der Transfergesellschaft beim Betriebserwerber weiterbeschäftigt werden soll[408].

Die Konstellation, dass ein Betriebserwerber mit einem Teil der bereits durch Aufhebungsvertrag ausgeschiedenen Belegschaft seinen Betrieb fortführt, macht den dreiseitigen Vertrag mit bisherigem Arbeitgeber und Transfergesellschaft und eventuell folgendem Vertragsabschluss mit dem neuen Arbeitgeber nicht per se zu einer Umgehung der gesetzlichen Vorschrift des § 613 a BGB und damit nichtig. Entsprechend der von der Rechtsprechung entwickelten Grundsätze zu Kündigungen[409], die wegen eines Betriebsübergangs ausgesprochen wurden, bestimmt sich die Wirksamkeit von Aufhebungsverträgen anhand der Verhältnisse zum Zeitpunkt ihres Abschlusses. Ein bevorstehender Betriebsübergang kann nur

---

[406] Vgl. *Annuß/Stamer*, NZA 2003, S. 1247 (1248), Anm. zu BAG v. 20.3.2003, NZA 2003, S. 1027.

[407] Siehe zum bekannten Fall der *Dörries-Scharmann AG* BAG v. 10.12.1998, AP Nr. 185 zu § 613 a BGB = BB 1999, S. 1274 (1275) und unten § 9; BAG v. 11.7.1995, AP Nr. 56 zu § 1 TVG Tarifverträge: Einzelhandel = BB 1995, S. 2657 (2658); vgl. zur Unwirksamkeit von Erlassverträgen bzgl. betrieblicher Altersversorgung im Zuge einer Betriebsveräußerung BAG v. 12.5.1992, AP Nr. 14 zu § 1 BetrAVG Betriebsveräußerung = BB 1993, S. 145 (146); ErfK/*Preis*, § 613 a BGB Rdnr. 155; APS/*Steffan*, KSchR § 613 a BGB Rdnr. 197.

[408] ErfK/*Preis*, § 613 a BGB Rdnr. 154.

[409] Vgl. BAG v. 18.3.1999, AP Nr. 44 zu § 4 KSchG 1969 = BB 1999, S. 2675 (2676); BAG v. 19.6.1991, AP Nr. 53 zu § 1 KSchG 1969 Betriebsbedingte Kündigung = NZA 1991, S. 891 (892).

dann zur Unwirksamkeit der Kündigung gemäß § 613 a Abs. 4 Satz 1 BGB führen, wenn die den Betriebsübergang ausmachenden Tatsachen im Zeitpunkt des Zugangs der Kündigung bereits feststehen oder zumindest greifbare Formen angenommen haben[410]. Ergibt sich die Betriebsfortführung erst, nachdem die betroffenen Arbeitnehmer durch Aufhebungsvertrag (als Bestandteil des dreiseitigen Vertrages) in die Transfergesellschaft gewechselt sind oder ist das Arbeitsverhältnis bereits außer Vollzug gesetzt worden, liegt kein Fall des § 613 a Abs. 4 Satz 1 BGB vor[411]; der Aufhebungsvertrag kann in diesem Falle selbst nach Betriebsübergang auch mit Rückwirkung geschlossen werden[412]. Solange eine Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses nach Betriebsfortführung bei Abschluss des dreiseitigen Vertrages nicht absehbar ist, führt dieser nicht zu einer Unterbrechung der Kontinuität des Arbeitsverhältnisses.

3. Stellungnahme

Bei Personalanpassungsmaßnahmen außerhalb der Insolvenz (dazu **§ 9**), die die Einrichtung einer betriebsorganisatorisch eigenständigen Einheit und die Betriebs(teil)veräußerung vorsehen, ist die Rechtsprechung des *BAG* kritisch zu sehen. Richtig ist, dass es einem Arbeitnehmer freistehen muss, bei einem Betriebsübergang das bisherige Arbeitsverhältnis durch Aufhebungsvertrag zu beenden und aus dem Betrieb auszuscheiden oder dem Übergang des Arbeitsverhältnisses auf den Erwerber zu widersprechen. Wer weder beim Betriebsveräußerer noch beim Betriebserwerber weiterarbeiten will und daher mit dem Betriebsveräußerer (bisheriger Arbeitgeber) einen Aufhebungsvertrag abschließt, muss ausscheiden können. Schließlich könnte der Arbeitnehmer auch nach § 613 a Abs. 6 BGB durch Widerspruch verhindern, dass sein Arbeitsverhältnis auf den Betriebserwerber übergeht[413] oder eine entsprechende Vereinbarung mit dem Erwerber treffen, es sei denn, der Widerspruch stellt sich bei kollektiver Ausübung als miss-

[410] BAG v. 20.3.2003, AP Nr. 250 zu § 613 a BGB = NZA 2003, S. 1027 (1028) mit zust. Anm. *Annuß/Stamer*; BAG v. 16.5.2002, AP Nr. 237 zu § 613 a BGB = NZA 2003, S. 93 (99).
[411] BAG v. 10.12.1998, AP Nr. 185 zu § 613 a BGB = BB 1999, S. 1274 (1275).
[412] BAG v. 10.12.1998 a.a.O..
[413] BAG v. 11.7.1995, AP Nr. 56 zu § 1 TVG Tarifverträge: Einzelhandel = BB 1995, S. 2657 (2658); BAG v. 22.4.1993, AP Nr. 102 zu § 613 a BGB = NZA 1994, S. 357 (357); BAG v. 29.10.1975, AP Nr. 2 zu § 613 a BGB = BB 1976, S. 315 (316).

bräuchliches Handeln dar und verstößt gegen § 242 BGB[414]. So muss er erst recht die Möglichkeit haben, sein Arbeitsverhältnis einvernehmlich mit dem Betriebsveräußerer aufzuheben, wenn er an seinem bisherigen Arbeitsplatz in keinem Fall weiterarbeiten will.

Bei Einrichtung einer betriebsorganisatorisch eigenständigen Einheit stehen die betroffenen Arbeitnehmer vor der Alternative, ihren Arbeitsplatz durch betriebsbedingte Kündigung – vorbehaltlich einer Sozialauswahl – zu verlieren oder in ein Beschäftigungsverhältnis mit der Transfergesellschaft zu wechseln. Im Grunde will der Arbeitnehmer seinen Arbeitsplatz behalten, so dass eine autonome Entscheidung, am bisherigen Arbeitsplatz in keinem Fall weiterarbeiten zu wollen, nicht vorliegt[415]. Man kann der Auffassung des *BAG*, das Beschäftigungsverhältnis in der Transfergesellschaft sei eine günstigere Rechtsposition als die vage Aussicht auf ein Arbeitsverhältnis im fortgeführten Betrieb, nur eingeschränkt zustimmen. Soweit nämlich der Personalabbau auch auf den Erwägungen beruht, den bisherigen Betrieb zu veräußern, hierfür im Vorfeld Personal abgebaut werden soll und nach Einrichtung der Transfergesellschaft tatsächlich ein Betriebsübergang eintritt, ist dies eine klare Umgehung der Schutznorm des § 613 a BGB.

Meist ist die Situation jedoch nicht eindeutig und die Frage einer Betriebsveräußerung hängt davon ab, ob mit der momentanen Belegschaftsstärke ein Betriebserwerber überhaupt gefunden werden kann. Ist die Betriebsfortführung zum Zeitpunkt des Abschlusses des dreiseitigen Vertrages noch nicht absehbar ist und hat sie noch keine greifbaren Formen angenommen, führen betrieblich veranlasste Aufhebungsverträge nicht zum Eingreifen des § 613 a Abs. 4 Satz 1 BGB, wenn die Alternative zur Betriebsveräußerung die Stilllegung und betriebsbedingte Kündigungen sind. Ist die Betriebsfortführung hingegen bereits zeitlich konkret geplant oder die Wiedereinstellung (zu schlechteren Arbeitsbedingungen) einigen Arbeitnehmern verbindlich in Aussicht gestellt, soll mit den Aufhebungsvereinbarungen der dreiseitigen Verträge § 613 a Abs. 1 Satz 1 BGB umgangen werden; sie sind

[414] BAG v. 30.9.2004, AP Nr. 275 zu § 613 a BGB = MDR 2005, S. 514 (515); vgl. hierzu auch *Grau*, MDR 2005, S. 491 ff..

[415] So auch APS/*Steffan*, KSchR § 613 a BGB Rdnr. 198; LAG Bremen v. 26.8.2004, ZIP 2004, S. 2452 (2454), Urteil aufgehoben durch BAG v. 18.8.2005, Az. 8 AZR 523/04; NZA 2006, S. 145.

mithin unwirksam[416].

Joost[417] ist beizutreten, dass das Einverständnis aller Beteiligter zum Abschluss von dreiseitigen Verträgen und dem Wechsel in eine Transfergesellschaft nicht unberücksichtigt bleiben darf. § 613 a BGB ist in erster Linie eine Schutzvorschrift zugunsten der Arbeitnehmer. In der Regel erfolgt eine umfassende Beratung durch Unternehmensleitung, Betriebsrat und Gewerkschaft. Entschließen sich die Arbeitnehmer nach entsprechender Befürwortung freiwillig zum Abschluss einer derartigen Vertragsregelung, kann von einer unzulässigen Übervorteilung, was § 613 a Abs. 4 Satz 1 BGB verhindern will, nicht ausgegangen werden. Vielmehr bietet das Qualifizierungsverhältnis in der Transfergesellschaft – wenn auch nur für eine begrenzte Zeit von längstens 12 Monaten – eine gesicherte Beschäftigung mit umfangreichen Möglichkeiten, sich für dauerhafte Arbeitsplätze zu qualifizieren. Die Arbeitsplätze im fortgeführten Betrieb hingegen müssen nicht dauerhaft bestehen bleiben. Kommt es aufgrund wirtschaftlicher Schwierigkeiten zu einer Betriebsstilllegung, war das Qualifizierungsverhältnis in der betriebsorganisatorisch eigenständigen Einheit die beschäftigungssicherndere Alternative. Sinn und Zweck des § 613 a BGB, die Erhaltung von Arbeitsplätzen zu gewährleisten, wurde dann nur mit dem Abschluss dreiseitiger Verträge erreicht. Die richtige zeitliche Gestaltung einer Personalanpassungsmaßnahme mit dreiseitigen Verträgen und Einschaltung einer Transfergesellschaft sowie einem geplanten Betriebs(teil)übergang ist mithin unerlässlich und bedarf einer ausreichenden Planung. Nur so kann der erwünschte Effekt der Arbeitsplatzsicherung unter Aufrechterhaltung der Wettbewerbsfähigkeit des Betriebs erreicht werden.

4. Ergebnis

Der dreiseitige Vertrag ist grundsätzlich keine Umgehung des § 613 a Abs. 4 BGB. Entscheidend sind die konkreten Umstände des Einzelfalls.

---

[416] LAG Bremen v. 26.8.2004 a.a.O.; ähnlich ErfK/*Preis*, § 613 a BGB Rdnr. 155; APS/*Steffan*, KSchR § 613 a BGB Rdnr. 198; krit. auch *Stück*, MDR 2005, S. 361 (363).

[417] *Joost*, EWiR § 613 a BGB 2/99, S. 247 (248), Kurzkommentar zu BAG v. 10.12.1998; letztlich auch *Hanau*, ZIP 1998, S. 1817 (1822), der die Gründung von Beschäftigungsgesellschaften als ein prinzipiell unabhängiges Instrument der Arbeitsförderung sieht und keinen sachlichen Grund für den Abschluss von Aufhebungsverträgen für erforderlich hält, da sie der Erhaltung von Arbeitsplätzen (nämlich der im Betrieb verbleibenden) dienen.

II. Analoge Anwendung arbeitsrechtlicher Schutzvorschriften auf den Qualifizierungsvertrag

Zu klären ist, ob die Nähe des Qualifizierungsverhältnisses zum Arbeitsverhältnis eine entsprechende Anwendung bestimmter arbeitsrechtlicher Schutzvorschriften, die zugunsten des Arbeitnehmers entwickelt wurden, rechtfertigt. Eine Analogie könnte dort zu begründen sein, wo nicht die Besonderheiten von Inhalt und Ausgestaltung des Qualifizierungsverhältnisses, sondern dessen Auswirkungen auf den Einzelnen von Bedeutung und mit dem Arbeitsverhältnis vergleichbar sind.

1. Kein Teilzeitanspruch in der betriebsorganisatorisch eigenständigen Einheit

Ein Teilzeitanspruch entsprechend § 8 TzBfG kann für das Qualifizierungsverhältnis nicht bestehen. Gesetzgebungsanlass war die europäische Richtlinie 97/81/EWG, nach deren zugrundeliegender Rahmenvereinbarung die nationalen Regelungen u.a. „zu einer flexiblen Organisation der Arbeitszeit“ beitragen sollten[418]. Grundgedanke der gesetzlichen Vorschrift war die Hoffnung des Gesetzgebers, dass die vorhandene Arbeit auf mehrere Teilzeitbeschäftigte verteilt zu einer Entlastung des Arbeitsmarktes führen könnte[419]; der Anspruch hat mithin vor allem beschäftigungssichernde Funktion.

a) Keine Anknüpfung an das Qualifizierungsverhältnis

Mit der Zielrichtung einer betriebsorganisatorisch eigenständigen Einheit ist der Teilzeitanspruch nicht vereinbar. Die Aufgabe, nach Wahrnehmung von Qualifizierungsmaßnahmen arbeitsmarktgeeignete Bewerbungen zu verfassen und eine Arbeitsstelle zu finden, ist unabhängig von der eingesetzten Arbeitszeit. Zwar lässt sich der zeitliche Aufwand für Qualifizierungsveranstaltungen wie Arbeitszeiten messen, nicht jedoch die Bemühungen, eine neue Arbeitsstelle zu finden. Dieser Tätigkeit geht man ernsthaft nach oder es liegt eine Schlechtleistung bzw. Nichtleistung vor. Entscheidend ist die Tätigkeit an sich, nicht die Tätigkeitszeit.

---

[418] Rahmenvereinbarung über Teilzeitarbeit ABlEG v. 20.1.1998 Nr. L 14/13.

[419] BT-Drs. 14/4374, S. 11, nach der Gesetzesbegründung würde durch den Ausbau von Teilzeitarbeitsmöglichkeiten neue Beschäftigung geschaffen werden; ErfK/*Preis*, § 8 TzBfG Rdnr. 1.

b) Keine Anknüpfung an das ursprüngliche Arbeitsverhältnis

Daher ist auch unerheblich, ob die Qualifizierungsnehmer im seinerzeitigen Arbeitsverhältnis einer Teilzeit- oder Vollzeitbeschäftigung nachgegangen sind. Zwar bemisst sich danach das Transfer-Kurzarbeitergeld und ein etwaiger Zuschuss, eine Änderung in Form der Arbeitszeiterhöhung oder -verringerung ist indes nicht mehr möglich und die seinerzeitige Arbeitszeit hat keine weiteren Auswirkungen auf das Qualifizierungsverhältnis.

Ein Teilzeitanspruch analog § 8 TzBfG besteht in der betriebsorganisatorisch eigenständigen Einheit folglich nicht.

2. Mutterschutz und Elternzeit

Eine analoge Anwendung der Vorschriften nach §§ 2 ff. MuSchG über die Gestaltung des Arbeitsplatzes bzw. Beschäftigungsverbote und nach § 15 ff. BErzGG über die Inanspruchnahme der Elternzeit könnte geboten sein.

a) Mutterschutz, §§ 2 ff. MuSchG

Für werdende Mütter sind die öffentlich-rechtlichen Pflichten zur Anpassung des Arbeitsplatzes zu beachten. Soweit die Qualifizierungsnehmerin bei Weiterbildungs- und Bewerbungsveranstaltungen nicht selbstbestimmend ihre Tätigkeit unterbrechen kann, hat der Arbeitgeber für ausreichende Pausenregelungen zu sorgen[420]. Ein Beschäftigungsverbot nach §§ 3 Abs. 1, 4 MuSchG kommt wegen der Arbeitsplatzbedingungen in der betriebsorganisatorisch eigenständigen Einheit im Regelfall nicht in Betracht. Etwas anderes gilt, wenn der Arzt eine Gefährdung aufgrund der individuellen gesundheitlichen Situation feststellt, § 3 Abs. 1 MuSchG. Vor der Entbindung ist die Beschäftigung der Betroffenen für 6 Wochen unzulässig, es sei denn, sie erklärt sich einverstanden, § 3 Abs. 2 MuSchG. Nach der Entbindung besteht ein zwingendes Beschäftigungsverbot, welches auch eine mögliche Bewerbungstätigkeit erfasst, die die Qualifizierungsnehmerin von zu

[420] ErfK/*Schlachter*, § 2 MuSchG Rdnr. 4; Schaub/*Linck*, ArbR-Hdb. § 169 Rdnr. 3.

Hause ausüben kann[421]. Zeiten mutterschutzrechtlicher Beschäftigungsverbote gelten als Beschäftigungszeiten; sie führen nicht zu einer Unterbrechung der Wartezeit nach § 4 BUrlG[422].

b) Elternzeit, §§ 15 ff. BErzGG

Während der Elternzeiten sind die Hauptleistungspflichten suspendiert; das Arbeitsverhältnis und damit das mit ihm vergleichbare Qualifizierungsverhältnis ruht kraft Gesetzes[423]. Durch die Suspendierung der Hauptleistungspflicht Qualifizierung und Bewerbung ruht auch die Vergütungspflicht des Arbeitgerbers Zuschusszahlungen betreffend sowie der Anspruch auf Transfer-Kurzarbeitergeld. Trotz Elternzeit endet das Qualifizierungsverhältnis mit Ende der Befristung oder Eintritt der auflösenden Bedingung, die Elternzeit endet damit ebenfalls.

3. Bezug von Krankengeld

Ist der Qualifizierungsnehmer bereits bei Eintritt in die betriebsorganisatorisch eigenständige Einheit arbeitsunfähig erkrankt oder tritt Arbeitsunfähigkeit während der vierwöchigen Wartezeit nach § 3 Abs. 3 EFZG analog ein, stellen sich zwei Fragen: Problematisch ist zum einen, ob während der Wartezeit – wie im Arbeitsverhältnis – die Krankenkassen Krankengeld gewähren und zum anderen, in welcher Höhe der Qualifizierungsnehmer eine Leistung beanspruchen könnte, da gewöhnlich das Krankengeld auf der Basis des letzten Bruttogehalts bemessen wird – mithin wäre das zuletzt erzielte Arbeitsentgelt vor dem Wechsel in die Einheit maßgebend.

a) Anspruch dem Grunde nach

Das Beschäftigungsverhältnis in der betriebsorganisatorisch eigenständigen Einheit ist ein sozialversicherungspflichtiges Rechtsverhältnis. Da gemäß § 3 Abs. 3

[421] Schaub/*Linck*, ArbR-Hdb. § 169 Rdnr. 7a.
[422] ErfK/*Dörner*, § 4 BUrlG Rdnr. 12; *Leinemann/Linck*, § 4 BUrlG Rdnr. 12.
[423] Vgl. die Rspr. zum Arbeitsverhältnis BAG v. 18.4.2000, n.v.; BAG v. 24.5.1995, AP Nr. 175 zu § 611 BGB Gratifikation = NZA 1996, S. 31 (32); BAG v. 10.2.1993, AP Nr. 7 zu § 15 BErzGG mit Anm. *Sowka* = BB 1993, S. 1083 (1084).

EFZG analog für die ersten 4 Wochen ununterbrochener Beschäftigung in der externen wie internen Einheit keine Eintrittspflicht des Arbeitgebers besteht (anders an Urlaubs- und gesetzlichen Feiertagen) hat der Qualifizierungsnehmer nach § 44 SGB V einen Anspruch auf Krankengeld[424]. Gleiches gilt für die Situation, dass der Qualifizierungsnehmer infolge Krankheit kein Transfer-Kurzarbeitergeld, sondern „Entgelt"fortzahlung erhält, s.o. **§ 3 I. 2. b)**, und dabei der Zeitraum von 6 Wochen nach § 3 Abs. 1 Satz 1 EFZG analog überschritten wird. Keinen Unterschied macht es, ob die Arbeitsunfähigkeit bereits mit Eintritt in die Einheit vorlag oder erst während des Qualifizierungsverhältnisses entstand, da es entgeltfortzahlungsrechtlich als neues Beschäftigungsverhältnis gewertet wird, auch wenn das bisherige Arbeitsverhältnis aufgrund des (Transfer-) Kurzarbeitergeldbezuges noch fortwirkt. Es anderes gilt, wenn der Qualifizierungsnehmer schon bei Einrichtung der Einheit Krankengeld bezog; dann ist er ohnehin von einem Qualifizierungsverhältnis ausgeschlossen, vgl. § 172 Abs. 2 Nr. 2 SGB III.

b) Höhe des Anspruchs

Die Höhe des Krankengeldes während des Bezugs von Kurzarbeitergeldes richtet sich nach §§ 47 b Abs. 3, 47 SGB V. Grundsätzlich beträgt es 70 v.H. des sog. Regelentgelts, d.h. des Arbeitsentgelts, das zuletzt vor Eintritt des Arbeitsausfalls erzielt wurde. Die Vorschrift nennt nicht ausdrücklich seine Anwendbarkeit während des Bezugs von Transfer-Kurzarbeitergeld, mangels abweichender Regelung sind daher nach § 216 b Abs. 10 SGB III die entsprechenden Normen das konjunkturelle Kurzarbeitergeld betreffend, §§ 169 ff. SGB III, anzuwenden.

Für die Bezieher von Transfer-Kurzarbeitergeld folgt daraus, dass bei der Berechnung des Krankengeldes die Kurzarbeit „Null" und etwaige Zuschusszahlungen außer Betracht bleiben. Entscheidend ist also nicht, was dem Versicherten im Falle seiner Arbeitsfähigkeit als Entgelt zur Verfügung gestanden hätte (das wäre des Transfer-Kurzarbeitergeld zzgl. Zuschuss), sondern welches Entgelt der Versicherte bei Arbeitsfähigkeit vor dem Arbeitsausfall normalerweise (Regelentgelt)

[424] *Pivit*, NZS 2003, S. 472 (472); insoweit unstreitig SG Berlin v. 4.12.2001, rkr.; LSG Berlin v. 22.3.2006, n.rkr. (jeweils n.v.); Verfahren derzeit anhängig beim BSG unter Az. B 1 KR 9/06 R.

verdient hätte[425]. Eine mögliche Besserstellung des Versicherten während des Bezugs von Krankengeld gegenüber den Qualifizierungsnehmern (insbesondere, wenn sie keine Zuschusszahlung erhalten) nimmt der Gesetzgeber in Kauf. Dies ist konsequent, kann doch der Arbeitsunfähige während des Bezugs von Krankengeld keiner Qualifizierungs- und Vermittlungstätigkeit nachgehen und kein neues Arbeitsverhältnis eingehen.

4. Ergebnis

Ein Teilzeitanspruch analog § 8 TzBfG besteht in der betriebsorganisatorisch eigenständigen Einheit nicht; es finden aber die Vorschriften nach dem MuSchG und BErzGG Anwendung. Krankengeld wird in der Einheit ebenfalls gewährt.

III. Mitwirkungspflichten der Vertragsparteien gegenüber der Arbeitsverwaltung bei Gewährung von Transfer-Kurzarbeitergeld, § 216 b SGB III

Wird die betriebsorganisatorisch eigenständige Einheit mit dem Fernziel eingerichtet, die arbeitsförderungsrechtliche Leistung Transfer-Kurzarbeitergeld für die Qualifizierungsnehmer zu erhalten, stellt sich die Frage, ob und welche Mitwirkungspflichten gegenüber der Arbeitsverwaltung zu beachten sind; möglicherweise kann die Leistungsgewährung hiervon abhängig gemacht werden. Eine Besonderheit des Qualifizierungsvertrages ist, dass drei Vertragsparteien beteiligt sind und bei beabsichtigter Förderung nach § 216 b SGB III zusätzlich die Mitwirkung der Arbeitsverwaltung erforderlich ist. Die Gewährung von Transfer-Kurzarbeitergeld ist in der Regel sowohl Bedingung für ein Qualifizierungsverhältnis in der betriebsorganisatorisch eigenständigen Einheit als auch Bedingung für die Einrichtung der Einheit; ihre Existenz ist nur berechtigt, wenn Qualifizierungsnehmer in ihr beschäftigt werden. Soweit Vertragsparteien grundsätzlich verpflichtet sind, im Zusammenwirken die Voraussetzungen für die Durchführung des Vertrages zu schaffen und Erfüllungshindernisse zu beseitigen, sind dies Mitwirkungspflichten. Sie leiten sich aus § 242 BGB her, können selbständig einklagba-

[425] Vgl. SG Berlin v. 4.12.2001, S. 5, rkr.; LSG Berlin v. 22.3.2006, n.rkr. (jeweils n.v.); Verfahren derzeit anhängig beim BSG unter Az. B 1 KR 9/06 R; a.A. *Pivit*, NZS 2003, S. 472 (474).

re Nebenpflichten sein, sind jedoch keine Neben*leistungs*pflichten. Sie richten sich vielmehr auf die Beachtung der Interessen des anderen Vertragsteils und auf die ordentliche Erbringung der Leistung[426]. Die Pflichten der Vertragsparteien gegenüber der Arbeitsverwaltung sind daher Mitwirkungspflichten in Form von Obliegenheiten; ihre Verletzung führt zu einem Rechtsverlust, nämlich zum Anspruchsverlust auf die arbeitsförderungsrechtliche Leistung nach § 216 b SGB III, dem Transfer-Kurzarbeitergeld.

1. Mitwirkungspflicht des Qualifizierungsnehmers

Zweifelhaft ist, ob für den Qualifizierungsnehmer wesentliche Mitwirkungspflichten bestehen können, da die Leistung nach § 216 b SGB III eine Pflichtleistung der Arbeitsförderung ist und lediglich Leistungen aus der Arbeitslosenversicherung vermeiden soll.

a) Meldung als arbeitssuchend

Der Qualifizierungsnehmer soll sich bei der Agentur für Arbeit als arbeitssuchend melden. Trotz einer Beschäftigung in der betriebsorganisatorisch eigenständigen Einheit, muss er dem Arbeitsmarkt auch außerhalb seines Bewerbungskreises und den vom Arbeitgeber unterbreiteten Stellenangeboten der Agentur für Arbeit im Rahmen ihrer Vermittlungs- und Beratungstätigkeit vollumfänglich zur Verfügung stehen. Es handelt sich hierbei um eine spezifische Vorschrift des Transfer-Kurzarbeitergeldes, die neben den Vorschriften der §§ 180 und 145 SGB III anzuwenden ist[427]. Nicht zu verwechseln ist die Meldung als „arbeitssuchend“ mit der Meldung als „arbeitslos“. Solange der Qualifizierungsnehmer in der betriebsorganisatorisch eigenständigen Einheit beschäftigt ist, ist er nicht arbeitslos i.S.d. § 16 SGB III. Die Pflicht zur Meldung als arbeitssuchend folgt aus der Inanspruchnahme von Transfer-Kurzarbeitergeld während der Beschäftigung in der Einheit, da sie eine Leistung nach der aktiven Arbeitsförderung ist. Danach ist der bei allen aktiven Arbeitsförderungsleistungen geltende Vermittlungsvorrang stets zu be-

[426] MünchKommBGB/*Emmerich*, § 320 Rdnr. 31.
[427] Interpretationshilfen der Bundesagentur für Arbeit zu Transferleistungen, § 216 b Ziff. 3.4.

rücksichtigen, vgl. § 4 Abs. 2 SGB III.

Qualifizierungsnehmer müssen daher einen zumutbaren Vermittlungsvorschlag der Agentur für Arbeit grundsätzlich annehmen. Eine weitere Beschäftigung in der betriebsorganisatorisch eigenständigen Einheit, auch wenn sie für die Zukunft mehr Erfolg verspricht, ist nachrangig. Konkret muss der Qualifizierungsnehmer ein befristetes Arbeitverhältnis annehmen, auch wenn die Qualifizierung in der Einheit eine unbefristete Beschäftigung bei einem anderen Arbeitgeber ermöglichen könnte.

b) Rechtsfolge

Kommt der Qualifizierungsnehmer dieser Mitwirkungspflicht nicht nach, kann die Arbeitsverwaltung die Leistung von Transfer-Kurzarbeitergeld versagen. Bei dem unter der auflösenden Bedingung dieser Leistung stehenden Qualifizierungsvertrag fällt die Geschäftsgrundlage weg.

2. Mitwirkungspflichten des bisherigen Arbeitgebers

Wird die betriebsorganisatorisch eigenständige Einheit durch Leistungen nach § 216 b SGB III gefördert, hat der Arbeitgeber folgende Mitwirkungspflichten gegenüber der Arbeitsverwaltung:

a) Anzeige des Arbeitsausfalls

Entsprechend § 173 Abs. 1, Abs. 2 und Abs. 3 SGB III muss der Arbeitgeber des personalabgebenden Betriebes der zuständigen Agentur für Arbeit den (dauerhaften und unvermeidbaren) Arbeitsausfall anzeigen, § 216 b Abs. 5 SGB III. Es gelten die gleichen Anforderungen wie für das konjunkturelle Kurzarbeitergeld.

b) Keine Massenentlassungsanzeige, § 17 Abs. 1 KSchG

Bei Einrichtung einer betriebsorganisatorisch eigenständigen Einheit in Betrieben mit in der Regel mehr als 20 Arbeitnehmern kann den Arbeitgeber grundsätzlich

die Anzeigepflicht nach § 17 Abs. 1 KSchG gegenüber der Arbeitsagentur treffen, wenn nicht ausschließlich eine Anzeige des Arbeitsausfalls nach § 216 b Abs. 5 SGB III erforderlich ist. § 216 b Abs. 5 SGB III gilt für Personalanpassungsmaßnahmen, bei der die Arbeitsverwaltung frühzeitig in die betrieblichen Veränderungsprozesse eingebunden wird. Die Anzeige des Arbeitsausfalls nach § 216 b Abs. 5 SGB III wäre auch für den Fall, dass § 17 KSchG Anwendung findet, lex specialis gegenüber der Anzeige nach § 17 Abs. 1 KSchG.

Ohnehin ist fraglich, ob die Anzeige nach § 17 Abs. 1 KSchG bei Einrichtung betriebsorganisatorisch eigenständiger Einheiten einschlägig ist. Sollen tatsächlich (Massen-) Entlassungen vorgenommen werden, ist unstreitig die Anzeige nach § 17 Abs. 1 KSchG erforderlich, und zwar nach der Entscheidung des *EuGH* vom 27.1.2005[428] bereits zum Zeitpunkt der Kündigung. Bei Einrichtung der Einheiten sind jedoch weder die arbeitgeberseitig veranlassten Qualifizierungsverträge bzw. dreiseitigen Verträge noch die tatsächliche Beendigung der Arbeitsverhältnisse (Entlassungen) vom Normzweck des § 17 Abs. 1 KSchG erfasst[429]. Im Rahmen des § 216 b Abs. 2 SGB III sind für das Vorliegen einer Betriebsänderung nach § 111 BetrVG zwar auch weiterhin die in § 17 Abs. 1 KSchG genannten Schwellenwerte von Bedeutung, die Personalanpassungsmaßnahmen führen indes nicht zu Entlassungen i.S.d. Vorschrift. Anzeige und Beschränkungen von Massenentlassungen nach § 17 Abs. 1 KSchG dienen der Regulierung des Arbeitsmarktes, indem die Arbeitsverwaltung hierdurch in die Lage versetzt wird, sich rechtzeitig auf zu erwartende Entlassungen größeren Umfangs einzustellen[430]. Sie kann dadurch entweder versuchen, Entlassungen noch zu verhindern oder durch den Nachweis neuer Arbeitsplätze Arbeitslosigkeit der Betroffenen zu vermeiden. Durch eine Beschäftigung in der betriebsorganisatorisch eigenständigen Einheit stehen die Qualifizierungsnehmer dem Arbeitsmarkt zwar als arbeitssuchend zur Verfügung, sind jedoch nicht arbeitslos. Dies werden sie erst nach Schließung der

[428] EuGH v. 27.1.2005, BB 2005, S. 331; vgl. auch Bespr. von *Dornbusch/Wolff*, BB 2005, S. 885 (886).

[429] *V. Hoyningen-Huene/Linck*, demnächst in KSchG, 14. Aufl., § 17 Rdnr. 24; a.A. *Lembke*, BB 2004, S. 773 (775), der ein Ausscheiden durch dreiseitigen Vertrag vom Normzweck des § 17 KSchG erfasst sieht und *Ries*, NZI 2002, S. 521 (525).

[430] BAG v. 13.4.2000, AP Nr. 13 zu § 17 KSchG 1969 = NZA 2001, S. 144 (145); BAG v. 14.8.1986, RzK I 8b Nr. 8; *v. Hoyningen-Huene/Linck*, KSchG Vorb. zu §§ 17 ff. Rdnr. 6-8, § 17 Rdnr. 65; KR/*Weigand*, § 17 KSchG Rdnr. 7.

betriebsorganisatorisch eigenständigen Einheit. Die Wirkungen von Massenentlassungen werden folglich aufgeschoben, bei erfolgreicher Vermittlungstätigkeit abgefedert und treten zu einem Großteil gar nicht erst ein.

3. Mitwirkungspflichten des neuen Arbeitgebers

a) Mitteilung der Beschäftigungsstruktur und Integrationsquote

Nach § 216 b Abs. 9 SGB III hat der (neue) Arbeitgeber der Agentur für Arbeit jeweils zum Stichtag 30. Juni und 31. Dezember eines Jahres unverzüglich Daten über die Struktur der betriebsorganisatorisch eigenständigen Einheit, die Zahl der darin zusammengefassten Arbeitnehmer (Qualifizierungsnehmer) sowie Angaben über Altersstruktur und Integrationsquote der Bezieher von Transfer-Kurzarbeitergeld zuzuleiten. Damit kann der Erfolg der Leistung überwacht werden.

b) Unterbreitung von Vermittlungsangeboten

Der (neue) Arbeitgeber soll nach § 216 b Abs. 6 Satz 1 SGB III den Qualifizierungsnehmern Vermittlungsangebote unterbreiten. Dabei kann dahingestellt bleiben, ob die Stellen gleichwertig zur bisherigen Beschäftigung, befristet oder unbefristet sein müssen und vor allem, ob der Arbeitgeber jedem Qualifizierungsnehmer weitere Stellenangebote unterbreitet hat. Eine Prüfung der Arbeitsverwaltung kann in diesem Umfang nicht stattfinden und erfolgt auch nicht. Vielmehr ist diese Vermittlungspflicht als generelle Pflicht zu verstehen, so dass als Fördervoraussetzung lediglich erheblich ist, ob der Arbeitgeber überhaupt Vermittlungsangebote unterbreitet hat. Sollten Feststellungen ergeben, dass der Arbeitgeber entgegen seiner im Leistungsantrag abgegebenen Erklärung keine Vermittlungsvorschläge unterbreitet hat, können leistungsrechtliche Konsequenzen zu einer Aufhebung der Gewährung dem Grunde nach führen, da der Arbeitgeber Arbeitsplatzangebote generieren soll, die der Arbeitsverwaltung nicht gemeldet werden.

c) Rechtsfolgen

Inwieweit die Arbeitsverwaltung aus dem Nichtbeachten der Mitwirkungspflichten

leistungsrechtliche Konsequenzen ziehen kann und zieht, ist in der betrieblichen Praxis nahezu ungeklärt und wird von der Arbeitsverwaltung im Einzelfall unterschiedlich gehandhabt. Ein rückwirkender Leistungsentzug wird aus Gründen des für alle Beteiligten eingetretenen Vertrauensschutzes nicht zulässig sein. Möglich ist jedoch eine Nichtverlängerung einer für weniger als 12 Monate beantragten Leistung, die für den Arbeitgeber die Konsequenz hat, die betriebsorganisatorisch eigenständige Einheit zu schließen. Einen Wegfall des Transfer-Kurzarbeitergeldes kann der Arbeitgeber finanziell nicht kompensieren; bei richtiger Vertragsgestaltung des Qualifizierungsvertrag ist er dazu auch nicht verpflichtet.

4. Ergebnis

Soll die betriebsorganisatorisch eigenständige Einheit über das Transfer-Kurzarbeitergeld i.S.d. § 216 b SGB III mitfinanziert werden, bestehen für alle Vertragspartner Mitwirkungspflichten gegenüber der Arbeitsverwaltung in Form von Obliegenheiten.

§ 9 Die betriebsorganisatorisch eigenständige Einheit in der Insolvenz

Besondere Bedeutung kam in der Vergangenheit der externen betriebsorganisatorisch eigenständigen Einheit in Gestalt der Transfergesellschaft als Mittel zur Unternehmenssanierung in der Insolvenz zu[431]. Die Einschaltung einer solchen Gesellschaft als Qualifizierungs- und Beschäftigungsgesellschaft wird auch in Zukunft eine nicht unerhebliche Rolle für insolvenzrechtliche Fallgestaltungen spielen. Sie ist jedoch rechtlich umstritten.

I. Gläubigerbefriedigung mittels (übertragender) Sanierung

Zu untersuchen ist, wie im eröffneten Insolvenzverfahren der Insolvenzverwalter nach § 1 Satz 1 InsO das Ziel einer bestmöglichen gemeinschaftlichen Gläubigerbefriedigung aus dem Schuldnervermögen erreichen kann, insbesondere ob die Einschaltung einer Transfergesellschaft hierzu geeignet ist. Der Insolvenzverwalter muss zunächst entscheiden, mit welcher der verschiedenen Verwertungsarten, Liquidation, Sanierung des Schuldners, übertragende Sanierung der Normzweck am ehesten erfüllt werden kann; es entscheidet der Einzelfall. Nur bei der Schuldnersanierung und der übertragenden Sanierung kann es zur Einschaltung einer Transfergesellschaft kommen, da die Fortführung des personalabbauenden Betriebes erforderlich ist.

1. Allgemeine Gründe für die Unternehmensfortführung

Meist erfolgt die Unternehmensfortführung dergestalt, dass einzelne betriebsnotwendige Vermögensgegenstände zu diesem Zweck an einen Erwerber veräußert werden. Die (wenn auch zeitlich befristete) Unternehmensfortführung ist aus zwei Gründen sinnvoll. Zum einen können durch eine geregelte „Ausproduktion“ regelmäßig noch erhebliche Vermögenswerte zur Masse gezogen werden, die bei sofortiger Liquidation verloren gehen würden, zum anderen stellt ein fortgeführtes

[431] Umfassend hierzu: *Gänßbauer*, S. 89 ff.; *Lembke*, BB 2004, S. 773 ff.; *Gaul/Kliemt*, NZA 2000, S. 674 ff.; *Bichlmeier/Engberding/Oberhofer*, S. 462-474; *Hess*, AR-Blattei SD 435 Rdnr. 59 ff.; *Wendeling-Schröder/Welkoborsky*, NZA 2002, S. 1370 ff.; *Ries*, NZI 2002, S. 521 ff.; *Annuß*, ZInsO 2001, S. 49 ff.; *Bertzbach*, FS für *Hanau* S. 173 ff..

Unternehmen einen höheren wirtschaftlichen Wert dar, insbesondere, wenn das Anlagevermögen speziell auf die Bedürfnisse des Unternehmens zugeschnitten ist[432]. Denkbar ist im Rahmen der übertragenden Sanierung, mittels Gründung einer Auffanggesellschaft den Erfolg des Sanierungskonzepts abzuwarten und anschließend das Betriebsvermögen der Auffanggesellschaft auf einen Dritterwerber zu veräußern[433]. Bei beiden Varianten der Unternehmensfortführung können zusätzlich Transfergesellschaften zur Beschäftigung und Qualifizierung des zur Betriebsfortführung nicht mehr benötigten Personals gegründet werden.

2. Grundkonzept

Der Einsatz einer Transfergesellschaft zur Unternehmenssanierung liegt das Bedürfnis der Masseentlastung zugrunde, d.h. den insolventen Arbeitgeber durch schnelle und deutliche Senkung der laufenden Betriebskosten, insbesondere der Personalkosten, nachhaltig zu entlasten und für Investoren und potentielle Betriebsübernehmer wirtschaftlich tragfähig zu machen. Dabei ist vorrangiges Ziel, Arbeitsplätze abzubauen. Häufig wäre jedoch bereits hilfreich, die (teueren) Arbeitsbedingungen an die aktuelle wirtschaftliche Lage des Unternehmens anzupassen. Grundsätzlich ist möglich, dies auch mit der Einrichtung einer internen betriebsorganisatorisch eigenständigen Einheit zu erreichen, es entspricht jedoch nicht der Realität in der betrieblichen Praxis, da meist eine wirtschaftliche Trennung von insolvenzgefährdetem Unternehmen und betriebsorganisatorisch eigenständiger Einheit gewünscht wird, so dass folgende Untersuchungen auf die Unternehmenssanierung mittels Transfergesellschaft beschränkt bleiben sollen.

Können sich die Betriebspartner also auf die Einrichtung einer Transfergesellschaft einigen, in die sie eine oder mehrere betriebsorganisatorisch eigenständige Einheiten integrieren, besteht die Möglichkeit, dass sich der Betriebserwerber aus dem Personalbestand der Transfergesellschaft diejenigen Mitarbeiter auswählt, die er zur Betriebsfortführung aus seiner Sicht für erforderlich hält. Diese Fallgestaltung wurde unter **§ 8 I.** im Rahmen der Problematik des § 613 a BGB unter-

[432] Vgl. MünchKommInsO/*Ganter*, § 1 Rdnr. 44; MünchKommInsO/*Eilenberger*, § 220 Rdnr. 56 ff..
[433] Vgl. *Gänßbauer*, S. 24; MünchKommInsO/*Eidenmüller*, § 217 Rdnr. 162; vgl. auch *Heinrich*, S. 91 f..

sucht, da sie sich generell bei „personalverschlankten“ Betriebsveräußerungen stellt, sie greift in der Insolvenz jedoch noch weiter.

3. Betriebliche Voraussetzungen nach §§ 111 ff. BetrVG i.V.m. InsO

Wird das Insolvenzverfahren eröffnet, geht das Verwaltungs- und Verfügungsrecht, damit auch die Arbeitgeberstellung auf den Insolvenzverwalter über, vgl. § 80 Abs. 1 InsO. Für die der Gründung einer Transfergesellschaft vorausgehende Betriebsänderung gelten grundsätzlich die Vorschriften der §§ 111 ff. BetrVG bzw. es genügt auch hier jede betriebliche Veränderung mit Personalabbau. Für das Interessenausgleichsverfahren gelten nach der InsO im Interesse einer zügigen Abwicklung des Verfahrens erleichterte Handlungsmöglichkeiten, vgl. §§ 121, 122 InsO. Letztlich sind auch bei einer insolvenzbedingten Betriebsänderung Interessenausgleich und Sozialplan nur in Unternehmen mit in der Regel mehr als 20 wahlberechtigten Arbeitnehmern zu versuchen bzw. zu vereinbaren. Die Vorschriften über die Erzwingbarkeit des Sozialplans gelten dann ebenfalls.

a) Betroffener Personenkreis bei insolvenzbedingtem Personalabbau

Soweit zu diskutieren war, ob gesetzlich, kollektivrechtlich oder individualvertraglich ordentlich unkündbare Arbeitnehmer mittels Qualifizierungsvertrag in die betriebsorganisatorisch eigenständige Einheit wechseln und eventuell Förderung nach § 216 b SGB III erhalten können, da sie nicht von Arbeitslosigkeit i.S.d. § 17 SGB III bedroht sind, stellt sich dieses Problem in der insolvenzrechtlichen Fallgestaltung nicht. § 113 InsO gilt als Fall der ordentlichen Vertragsbeendigung[434] und ermöglicht grundsätzlich – unter Beachtung des KSchG – die ordentliche Kündigung des Arbeitsverhältnisses trotz entgegenstehender (vertraglicher) Regelungen. Sämtliche Arbeitnehmer, die in die betriebsorganisatorisch eigenständige Einheit wechseln sollen, sind daher von Arbeitslosigkeit bedroht. Lediglich den gesetzlichen ordentlichen Kündigungsschutz, bspw. § 15 Abs. 3, Abs. 4 KSchG, § 9 MuSchG, § 18 BErzGG, § 85 SGB IX, hätte der Insolvenzverwalter ebenso zu

[434] Smid/*Weisemann/Streuber*, InsO § 113 Rdnr. 7; MünchKommInsO/*Löwisch/Caspers*, § 113 Rdnr. 17; *Ries*, NZI 2002, S. 521 (525).

beachten.

b) Kündigungsschutz, §§ 125, 126 InsO

Dem Wechsel in die betriebsorganisatorisch eigenständige Einheit steht nicht entgegen, dass die vom Personalabbau betroffenen Arbeitnehmer nicht aufgrund dreiseitigen Vertrages (Aufhebungsvertrag und Abschluss des Qualifizierungsvertrags) in die Transfergesellschaft wechseln, sondern durch Kündigung und anschließendem Abschluss der Qualifizierungsverträge innerhalb der Kündigungsfrist. Im Insolvenzverfahren stellt sich das Problem der unterschiedlichen und z.T. sehr langen Kündigungsfristen bzw. eine ordentliche Unkündbarkeit wegen der einheitlichen Kündigungsmöglichkeit und -frist nach § 113 InsO nicht. Wenn es also dem Insolvenzverwalter gelingt, gemeinsam mit dem Betriebsrat einen Interessenausgleich nach § 125 InsO zu vereinbaren, der eine Namensliste der zu entlassenden Arbeitnehmer enthält, kann er danach die Kündigungen aussprechen und mit einer Stichtagsregelung den Abschluss des Qualifizierungsvertrags anbieten. So erhält der Insolvenzverwalter rasch Handlungsspielräume hinsichtlich einer Übertragung des überschuldeten oder zahlungsunfähigen Betriebes.

In eventuell nachfolgenden Kündigungsschutzprozessen wird vermutet (§ 292 ZPO), dass die Kündigung der im Interessenausgleich genannten Arbeitnehmer betriebsbedingt war und eine Weiterbeschäftigung in diesem Betrieb oder zu unveränderten Arbeitsbedingungen nicht möglich war. Nach dem eindeutigen Wortlaut des § 125 InsO bezieht sich die Weiterbeschäftigungsmöglichkeit nur auf diesen Betrieb. Dies entspricht der seit 1.1.2004 wiedereingeführten Vorschrift § 1 Abs. 5 KSchG, wonach sich die gesetzliche Vermutung auch nur auf fehlende Weiterbeschäftigungsmöglichkeiten im Betrieb, nicht dagegen im Unternehmen bezieht[435]. Nach § 125 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 InsO bewirkt die Namensliste im Inte-

[435] *Zwanziger*, InsO § 125 Rdnr. 21; *Fitting*, BetrVG § 112, 112 a Rdnr. 67; DKK/*Däubler*, BetrVG Anhang zu §§ 111-113, § 125 InsO Rdnr. 15; wohl auch ErfK/*Ascheid*, § 125 InsO Rdnr. 4; KR/*Weigand*, § 125 InsO Rdnr. 16; *Bauer/Röder*, S. 155; zur vergleichbaren Regelung des zwischenzeitlich geltenden § 1 Abs. 5 KSchG, BAG v. 7.5.1998, AP Nr. 94 zu § 1 KSchG 1969 Betriebsbedingte Kündigung mit Anm. *Schiefer* = BB 1998, S. 2263 (2264 f.) mit diff. Anm. *Kappenhagen*, der durch den Verweis des § 1 Abs. 5 KSchG auf § 1 Abs. 2 S. 1 KSchG noch weitergeht und die Vermutungswirkung auch auf die fehlende Weiterbeschäftigungsmöglichkeit im Unternehmen erstreckt; in diesem Sinne auch die Gesetzesbegründung, vgl. BT-Drucks. 13/4612, S. 9 unter A I 3.

ressenausgleich auch, dass die soziale Auswahl der Arbeitnehmer im Kündigungsschutzprozess nur im Hinblick auf die Faktoren Dauer der Betriebszugehörigkeit, Lebensalter und Unterhaltspflichten – aus Gründen der Rechtseinheit entsprechend § 1 Abs. 3 Satz 1 KSchG müsste zudem der Faktor Schwerbehinderung hinzuzuzählen sein[436] – und auch insoweit nur auf grobe Fehlerhaftigkeit nachgeprüft werden kann. Es werden also sowohl die Beurteilungskriterien eingeschränkt als auch der Beurteilungsmaßstab geändert[437], indem die Gewichtung festgelegt wird. Grob fehlerhaft ist die soziale Auswahl nur, wenn sie jede Ausgewogenheit vermissen lässt[438]. § 125 Abs. 1 Nr. 2 2. HS InsO ermöglicht dem Insolvenzverwalter – darin geht die Vorschrift über § 1 Abs. 5 KSchG hinaus – gestaltend auf die Personalstruktur des insolventen Betriebes einzuwirken. Mit den beabsichtigten Kündigungen muss der Insolvenzverwalter nicht wie andere Arbeitgeber eine ausgewogene Personalstruktur erhalten, sie kann vielmehr erst geschaffen und so Versäumnisse der Personalpolitik korrigiert werden[439]. Die Schaffung einer ausgewogenen Personalstruktur geht somit zwar einer Sozialauswahl vor[440], letztere muss allerdings in jedem Fall erfolgen, unabhängig davon, ob zu den genannten Sozialkriterien weitere soziale Grunddaten zu berücksichtigen sind, und ist insgesamt überprüfbar[441].

Besteht kein Betriebsrat oder gelingt es dem Insolvenzverwalter nicht, mit diesem innerhalb von drei Wochen einen Interessenausgleich mit Namensliste zu vereinbaren, kann der Insolvenzverwalter in einem arbeitsgerichtlichen Beschlussverfahren feststellen lassen, dass die Kündigungen bestimmter namentlich benannter Arbeitnehmer durch dringende betriebliche Erfordernisse bedingt und sozial gerechtfertigt ist, vgl. § 126 InsO.

---

[436] *Boemke*, NZI 2005, S. 209 (209 f.)

[437] *Zwanziger*, InsO § 125 Rdnr. 25 ff. und 30 ff.; *Fitting*, BetrVG §§ 112, 112 a Rdnr. 68.

[438] Zur vergleichbaren Regelung § 1 Abs. 5 KSchG a.F., jetzt n.F. BAG v. 2.12.1999, AP Nr. 45 zu § 1 KschG 1969 Soziale Auswahl = BB 2000, S. 1040 (1041); BAG v. 21.1.1999, AP Nr. 3 zu § 1 KSchG 1969 Namensliste = BB 1999, S. 1556 (1557); GK-BetrVG/*Fabricius/Oetker*, §§ 112, 112 a Rdnr. 70; KR/*Weigand*, § 125 InsO Rdnr. 22; *v. Hoyningen-Huene/Linck*, DB 1997, S. 41 (44).

[439] *Fitting*, BetrVG §§ 112, 112 a Rdnr. 68; ErfK/*Ascheid*, § 125 InsO Rdnr. 6; Stahlhacke/*Vossen*, Rdnr. 2176; *Bertzbach*, FS für *Hanau* S. 173 (193 f.).

[440] KR/*Weigand*, § 125 InsO Rdnr. 24; MünchKommInsO/*Löwisch/Caspers*, § 125 Rdnr. 90.

[441] *Kania*, DZWIR 2000, S. 328 (329); zum vergleichbaren § 1 Abs. 5 KSchG: BAG v. 7.5.1998, AP Nr. 94 zu § 1 KSchG 1969 Betriebsbedingte Kündigung mit Anm. *Schiefer* = DB 1998, 1768 (1769).

Mit Einrichtung der Transfergesellschaft kann der Insolvenzverwalter eine verfehlte Personalpolitik korrigieren, indem er den für die erfolgreiche Betriebsfortführung nicht mehr benötigten Arbeitnehmern kündigt und bereits vor Übertragung des Betriebs die „Idealbelegschaft“ zusammenstellt. Der Personalabbau kann auf diese Weise zu einer Belegschaft führen, die den Betriebserwerber in die Situation versetzt, im Anschluss an die Betriebsübertragung den Betrieb nach seinem (Erwerber-) Konzept fortzuführen. Folglich rückt die Wirkung des § 613 a Abs. 1 Satz 1 BGB in den Hintergrund. Dennoch spielen die Interessenausgleichsverfahren nach §§ 125, 126 InsO in diesem Zusammenhang eine untergeordnete Rolle. Sie ermöglichen zwar eine gewisse personalpolitische Gestaltungsfreiheit, unterliegen jedoch der erforderlichen Sozialauswahl, die – wenn auch nur auf grobe Fehlerhaftigkeit – gerichtlicher Überprüfung standhalten muss. Mit der Konstruktion einer Transfergesellschaft, in die die Arbeitnehmer freiwillig mittels dreiseitigem Vertrag wechseln, soll gerade die Sozialauswahl vermieden werden. Diese ist bei größerer Belegschaftsstärke zeit- und personalaufwendig und wenig flexibel, da sich innerhalb des Beschlussverfahrens nach § 126 InsO die Sachlage ändern kann und im Falle der Klage eines Arbeitnehmers nach § 127 InsO weitere Verfahrenshandlungen nach sich zieht, die jedenfalls bei einem größeren Personalabbau und daraus folgendem raschen Handlungsbedarf nicht gewollt sind.

c) Transfersozialplan in der Insolvenz

Für den Transfersozialplan können im Insolvenzverfahren hinsichtlich Inhalt und Umfang Besonderheiten gelten. Zu berücksichtigen ist zweifelsohne, dass sich die Zielsetzung im Insolvenzverfahren etwas verschiebt; statt Anpassung des Personalbestandes an die aktuelle wirtschaftliche Lage kämpft der personalabgebende Betrieb im Insolvenzverfahren um schlichtes Überleben.

aa) Inhalt und Umfang

Der im laufenden Insolvenzverfahren zustandekommende Transfersozialplan, der die Einrichtung einer Transfergesellschaft vorsieht, unterscheidet sich inhaltlich nicht wesentlich von einem im Rahmen einer sonstigen Personalanpassungsmaßnahme vereinbarten Transfersozialplan. Besonderheiten ergeben sich jedoch

beim Umfang, nämlich der Sozialplandotierung, wenn die Einrichtung der Transfergesellschaft anlässlich reinen Personalabbaus erfolgt, vgl. § 123 InsO. Danach ist das Gesamtvolumen von Abfindungen im Sozialplan auf einen Betrag bis 2½ Monatsverdiensten der von der Entlassung betroffenen Arbeitnehmer i.S. einer absoluten Grenze begrenzt. Innerhalb dieses Volumens können die Betriebspartner oder die Einigungsstelle den Sozialplan ausgestalten[442], die individuelle Sozialplanleistung kann daher variieren. Wird aber eine Transfergesellschaft eingerichtet, beschränkt sich deren finanzielle Ausstattung auf den o.g. Betrag, sofern sämtliche betroffenen Arbeitnehmer in die Transfergesellschaft wechseln. Andernfalls mindert er sich um die an die ausscheidenden Arbeitnehmer zu leistenden Abfindungen.

bb) Nachteile der Abfindungsleistungen

Kann der Insolvenzverwalter die Einrichtung einer Transfergesellschaft durchsetzen, ist er im Rahmen der Sozialplanverhandlungen daran interessiert, die Abfindungszusagen gering zu halten bzw. zu vermeiden und die finanziellen Leistungen der Masse möglichst auf die der Transfergesellschaft zur Verfügung zu stellenden Remanenzkosten zu beschränken. Für die Arbeitnehmer liegt der Anreiz für einen Wechsel in die Transfergesellschaft im laufenden Insolvenzverfahren an der schlechten Rangposition der Sozialplanzusagen. Diese sind gemäß § 123 Abs. 2 InsO unsichere Nachrangverbindlichkeiten[443]. Sie sind zwar wie die Masseverbindlichkeiten der §§ 54, 55 InsO untereinander gleichrangig, bei Masseunzulänglichkeit können sie jedoch nach § 209 InsO nachrangig befriedigt werden oder sogar ganz ausfallen. Demgegenüber beträgt das Transfer-Kurzarbeitergeld bei einer Beschäftigung in der Transfergesellschaft immerhin 60 v.H. bzw. 67 v.H. des bisherigen pauschalierten Nettoentgelts, stellt für die Betroffenen mithin ein sicheres Einkommen dar.

[442] *Fitting*, BetrVG §§ 112, 112 a Rdnr. 261; vgl. auch *Lakies*, BB 1999, S. 206 (210); *Bichlmeier/Engberding/Oberhofer*, S. 482 f..
[443] *Bichlmeier/Engberding/Oberhofer*, S. 235; *Ries*, NZI 2002, S. 521 (524).

4. Ergebnis

Die Einrichtung einer Transfergesellschaft im Insolvenzverfahren ermöglicht eine rasche Reduktion des Personalbestandes und der laufenden Betriebskosten und ist daher ein erfolgversprechendes, da kostengünstiges Mittel zur Unternehmenssanierung und damit zur Gläubigerbefriedigung.

II. Interessenkollisionen (übertragende) Sanierung mit § 613 a BGB

Soll die Gläubigerbefriedigung mittels Sanierung oder übertragender Sanierung erfolgen, stellen sich für den Insolvenzverwalter zwei Vorgehensweisen zur Auswahl: Er kann entweder den Altbetrieb mit dem benötigten Personal fortführen und die übrigen Arbeitnehmer in eine Transfergesellschaft wechseln oder den Betrieb auf einen finanzkräftigen Erwerber übertragen und von diesem fortführen lassen.

1. Fortführung des Altbetriebes

Bei der Sanierung soll der alte Betrieb wirtschaftlich tragbar fortgeführt werden. Personalkosten sind hohe Ausgabenposten, die drastische Reduzierung des Personals zeigt schnell Wirkung. Steht für den Insolvenzverwalter fest, welche Arbeitnehmer für die Fortführung des Betriebs keinesfalls mehr gebraucht werden, könnte er diese in eine Transfergesellschaft wechseln lassen und mit dem restlichen Personal die Produktion weiterführen. Diese Zweiteilung des Personals wird kaum auf breiten Konsens der Beteiligten stoßen, so dass ein freiwilliges Ausscheiden der nicht mehr benötigten Arbeitnehmer in die Transfergesellschaft unwahrscheinlich ist. Ihnen müsste unter Berücksichtigung gekündigt werden, was den Insolvenzverwalter vor die zu vermeidende, da zeit und Sozialauswahl stellt. Dieses Vorgehen ist daher wenig erfolgversprechend.

2. Betriebsübergang nach § 613 a BGB

Eine übertragende Sanierung kann nur gelingen, wenn das Unternehmen begonnene Aufträge fortführt und sich bei seinen Kunden und am Markt weiterhin präsent zeigt. In der Regel findet ein Betriebsübergang i.S.d. § 613 a Abs. 1 Satz 1

BGB statt, bei dem also die Identität der wirtschaftlichen Einheit erhalten bleibt[444]. Mit ihm gehen die bestehenden Arbeitsverhältnisse auf den Betriebswerber über; § 613 a Abs. 4 BGB gilt auch im Insolvenzverfahren[445]. Für den Insolvenzverwalter stellt sich nicht die Frage, wie er die Wirkungen des Betriebsübergangs (vollumfänglich) vermeiden kann, sondern wie er die Wirkungen so modifizieren kann, dass ein produktiver Betrieb mit einer der wirtschaftlichen Lage angepassten Personalstruktur fortgeführt und so sein Ziel der bestmöglichen Gläubigerbefriedigung erreicht wird. Dazu bietet es sich an, vor dem Betriebsübergang alle Arbeitnehmer in eine Transfergesellschaft wechseln zu lassen und den Betrieb „personalbereinigt“ zu übergeben. Ob darin eine Umgehung entsprechend § 613 a Abs. 4 Satz 1 BGB liegt, hängt maßgeblich von dem mit dem dreiseitigen Vertrag verfolgten Zweck ab.

3. Regelungszweck der dreiseitigen Verträge

Die dreiseitigen Verträge, die eine Aufhebungsvereinbarung mit Wirkung zwischen bisherigem – insolventen – Arbeitgeber und Arbeitnehmer beinhalten, ermöglichen durch ihre Einvernehmlichkeit eine rasche Umsetzung.

a) Gründung einer Produktionsgesellschaft

Ein der Sanierung zugrunde liegendes Konzept[446] mit Einschaltung einer Transfergesellschaft kann vorsehen, die gesamte Belegschaft durch dreiseitigen Vertrag in die Transfergesellschaft (Beschäftigungsgesellschaft) zu überführen, diese gründet eine (Produktions-) Tochtergesellschaft, die wiederum über ein Arbeitsverhältnis i.S.d. § 216 b Abs. 6 SGB III – Arbeitsverhältnis zu Qualifizierungszwecken bei einem „anderen Arbeitgeber“ – die erforderlichen Arbeitnehmer einstellt. Die Produktionsgesellschaft schließt daraufhin quasi als deren Subunternehmerin

[444] BAG v.24.5.2005, NZA 2006, S. 31 (32); BAG v. 8.8.2002, NZA 2003, S. 315 (317); BAG v. 16.5.2002, AP Nr. 237 zu § 613 a BGB = NZA 2003, S. 93 (98); BAG v. 13.11.1997, AP Nr. 170 zu § 613 a BGB = NZA 1998, S. 249 (250); s. auch BAG v. 17.7.1997, NZA 1997, S. 1050 (1050) nach der Entscheidung des EuGH zur Auslegung der Richtlinie 77/187/EWG mit Urt. v. 11.3.1997, (Ayse Süzen) = AP Nr. 14 zu EWG-Richtlinie Nr. 77/187 = NZA 1997, S. 433 (434).

[445] Zuletzt BAG v. 20.3.2003, AP Nr. 250 zu § 613 a BGB = NZA 2003, S. 1027 (1028) mit Anm. *Annuß/Stamer*; vgl. auch *Willemsen/Hohenstatt/Schweibert/Seibt*, S. 875 Rdnr. 152 ff..

[446] Vgl. hierzu *Ries*, NZI 2002, S. 521 (527).

mit dem Insolvenzverwalter einen Werkvertrag ab, der Maschinen sowie Material bereitstellt und ihr die Produktion des Altbetriebes überträgt.

b) Betriebsübernahme

Ein mögliches Konzept der übertragenden Sanierung sieht vor, alle Beschäftigten mittels dreiseitigen Vertrag in eine Transfergesellschaft zu überführen, aus der sich der Betriebserwerber einzelne Arbeitnehmer heraussucht, die er wieder einstellt, um mit ihnen die Produktion/Dienstleistung fortzuführen[447]. Die Wirkung des § 613 a Abs. 1 Satz 1 BGB bei der Sanierung über die Gründung einer Produktionsgesellschaft sowie die des § 613 a Abs. 4 Satz 1 BGB bei der übertragenden Sanierung werden mit den dreiseitigen Verträgen umgangen, wenn damit ausschließlich die Kontinuität des Arbeitsverhältnisses beseitigt werden soll. Verliert der Arbeitnehmer die bisher erdienten Besitzstände, trotz gleichzeitigem Erhalt des Arbeitsplatzes[448], ist der Vertrag nach § 134 BGB nichtig. Daher sind Aufhebungsvereinbarungen in Form eines dreiseitigen Vertrages zwischen Arbeitnehmer, altem und neuem Arbeitgeber unwirksam, wenn zwischen den Parteien feststeht, dass der Arbeitnehmer nach zwischenzeitlichem Beschäftigungsverhältnis in der Transfergesellschaft beim Betriebserwerber weiterbeschäftigt werden soll[449] bzw. über den Abschluss eines Werkvertrags die Tätigkeit oder Abwicklungsarbeiten übernimmt. Mit den gewählten Vertragsgestaltungen könnte der Insolvenzverwalter die Arbeitsbedingungen der im fortgeführten Betrieb zurückkehrenden Arbeitnehmer zu deren Nachteil abändern, sowie sich der ansonsten erforderlichen Sozialauswahl der bisherigen Belegschaft entledigen.

4. Leih- und Zeitarbeit durch die Transfergesellschaft

Rechtlichen Bedenken hinsichtlich eines möglichen Verstoßes gegen § 134 BGB

---

[447] Befürwortend *Annuß*, ZInsO 2001, S. 49 (58); krit. *Ries*, NZI 2002, S. 521 (527).

[448] BAG v. 10.12.1998, AP Nr. 185 zu § 613 a BGB = BB 1999, S. 1274 (1275) und BAG v. 21.1.1999, ZIP 1999, S. 1572 (1574) mit Verweis auf die stellenweise wortgleiche Entscheidung v. 10.12.1998; BAG v. 11.7.1995, AP Nr. 56 zu § 1 TVG Tarifverträge: Einzelhandel = BB 1995, S. 2657 (2658); vgl. zur Unwirksamkeit von Erlassverträgen bzgl. betrieblicher Altersversorgung im Zuge einer Betriebsveräußerung BAG v. 12.5.1992, AP Nr. 14 zu § 1 BetrAVG Betriebsveräußerung = BB 1993, S. 145 (146); ErfK/*Preis*, § 613 a BGB Rdnr. 155; APS/*Steffan*, KSchR § 613 a BGB Rdnr. 197.

[449] ErfK/*Preis*, § 613 a BGB Rdnr. 154; KR/*Pfeiffer*, § 613 a BGB Rdnr. 200.

begegnet auch die gängige Praxis der Transfergesellschaften, Leih- und Zeitarbeit zu betreiben. Aus dem bisherige Betrieb ausgeschiedene und in die Transfergesellschaft gewechselten Arbeitnehmer werden in den bisherigen Betrieb/das bisherige Unternehmen als Leih- oder Zeitarbeitnehmer vermittelt. Der Altbetrieb kann dadurch seine Personalausgaben auf Kosten des bisherigen Personals reduzieren, da deren „Rücknahme“ ohne unternehmerisches Risiko erfolgt. Sind die Transfergesellschaften tarifgebunden, erfolgt die Beschäftigung zu deren (erheblich schlechteren) Bedingungen; es gelten dann nicht die Tarifbedingungen des Altbetriebes.

5. Ergebnis

Steht bei Abschluss des dreiseitigen Vertrages im Insolvenzverfahren fest, dass die in die Transfergesellschaft gewechselten Arbeitnehmer beim Betriebserwerber im Altbetrieb in Festanstellung oder als Leih- bzw. Zeitarbeitnehmer weiterbeschäftigt werden sollen, ist der dreiseitige Vertrag eine Umgehung des § 613 a Abs. 1 S. 1 BGB und gemäß § 134 BGB nichtig. Hinter diese gesetzliche Wirkung tritt die mit der InsO bezweckte Gläubigerbefriedigung zurück.

III. Rechtliche Einordnung der dreiseitigen Verträge anhand der Dörries-Scharmann-Entscheidungen des *BAG*[450]

Eine kritische Betrachtungsweise der Betriebsfortführung unter Einbeziehung des bisherigen Betriebspersonals erfolgte bereits in **§ 8 I.**, da sich das Problem der auf den Betriebserwerber übergehenden Rechte und Pflichten aus dem Arbeitsverhältnis (§ 613 a Abs. 1 Satz 1 BGB) bei jeder Betriebsveräußerung stellt. In der betrieblichen Praxis ist das Problem in der Regel im Zusammenhang mit Insolvenzen in Erscheinung getreten. Der deutsche Gesetzgeber hat von der Möglichkeit, die Anwendbarkeit des § 613 a BGB im Falle der Insolvenz auszuschließen[451], (bisher) keinen Gebrauch gemacht. Höchstrichterliche Rechtsprechung zu

[450] BAG v. 18.8.2005, NZA 2006, S. 145; BAG v. 10.12.1998, AP Nr. 185 zu § 613 a BGB = ZIP 1999, S. 320 ff. und BAG v. 21.1.1999, ZIP 1999, S. 1572 ff..

[451] Gemäß Art. 5 Abs. 1 der Betriebsübergangsrichtlinie 2001/23/EG ist die Möglichkeit des Ausschlusses in der Insolvenz für den nationalen Gesetzgeber vorgesehen.

§ 613 a BGB wegen Einschaltung einer Beschäftigungs- und Qualifizierungsgesellschaft ist bisher ausschließlich im – seinerzeit noch geltenden – Anschlusskonkursverfahren ergangen.

1. Sachverhalt

Im Anschlusskonkursverfahren über die *Dörries-Scharmann AG* hatten sich die Betriebspartner anstelle betriebsbedingter Kündigungen auf die Einrichtung einer Beschäftigungs- und Qualifizierungsgesellschaft (hier: die BQGB) geeinigt. Die (seinerzeitige) Konkurssituation erforderte den Wechsel der überwiegenden Belegschaft in die BQGB, um das erwünschte Einsparpotential zu erreichen. Zu diesem Zeitpunkt bestand bereits eine Tochtergesellschaft der *Dörries-Scharmann AG*, die vom Konkursverfahren nicht betroffen war, die GmbH und eine weitere Konzerngesellschaft, das Verleihunternehmen. Zwischen Konkursverwalter, den vom Personalabbau betroffenen Arbeitnehmern und BQGB sollten dreiseitige Verträge abgeschlossen werden, zu deren Inhalt eine Aufhebungsvereinbarung hinsichtlich der noch bestehenden Arbeitsverhältnisses gehörte. Die Arbeitnehmer unterzeichneten die Verträge, diese blieben jedoch zunächst bei einem Treuhänder. Sie sollten an den bisherigen Arbeitgeber und die BQGB zur Unterzeichnung nur weitergeleitet werden, wenn die Einrichtung der BQGB mit Mitteln der Arbeitsverwaltung gesichert war. Die GmbH übernahm zeitgleich von den insolventen Betrieben der AG die Betriebsmittel, so dass deren wirtschaftliche Einheit auf die GmbH überging, vgl. § 613 a Abs. 1 Satz 1 BGB. Nachdem alle Beschäftigte in die BQGB gewechselt und vorübergehend dort beschäftigt waren, stellte die GmbH einen Großteil der ausgeschiedenen Beschäftigten (zu schlechteren Arbeitsbedingungen) wieder ein. Das Verleihunternehmen bot den Beschäftigten der GmbH an, sich als Leiharbeitnehmer in anderen insolventen Betrieben des Konzerns beschäftigen zu lassen, in denen noch ein betriebliches Beschäftigungsbedürfnis bestand.

2. Stellungnahme und rechtliche Bewertung

Der Arbeitnehmer hat grundsätzlich die Möglichkeit, sein Arbeitsverhältnis einvernehmlich mit dem (insolventen) Betriebsinhaber und trotz Kenntnis vom Vorliegen

eines Betriebsübergangs[452] aufzuheben, wenn er an seinem bisherigen Arbeitsplatz in keinem Fall weiterarbeiten will.

Die Konstellation, dass der Unternehmer mit einem Teil der bereits mit Aufhebungsvertrag ausgeschiedenen Belegschaft den Betrieb fortführt, macht den dreiseitigen Vertrag mit bisherigem Arbeitgeber und Transfergesellschaft und eventuell folgendem Vertragsabschluss mit dem neuen Arbeitgeber nicht per se zu einer Umgehung der gesetzlichen Vorschrift des § 613 a BGB und damit nichtig. Entsprechend der von der Rechtsprechung entwickelten Grundsätze zu Kündigungen[453], die wegen eines Betriebsübergangs ausgesprochen wurden, bestimmt sich die Wirksamkeit von Aufhebungsverträgen anhand der Verhältnisse zum Zeitpunkt ihres Abschlusses. Ein bevorstehender Betriebsübergang kann nur dann zur Unwirksamkeit der Kündigung gemäß § 613 a Abs. 4 Satz 1 BGB führen, wenn die den Betriebsübergang ausmachenden Tatsachen im Zeitpunkt des Zugangs der Kündigung bereits feststehen oder zumindest greifbare Formen angenommen haben[454]. Ergibt sich die Betriebsfortführung erst, nachdem die betroffenen Arbeitnehmer durch Aufhebungsvertrag (als Bestandteil des dreiseitigen Vertrages) in die Transfergesellschaft gewechselt sind, das Arbeitsverhältnis mit Ablauf der Kündigungsfrist also beendet oder bereits außer Vollzug gesetzt worden ist, liegt kein Fall des § 613 a Abs. 4 Satz 1 BGB vor[455]. Schließlich können im Sinne der Vorschrift nur Arbeitsverhältnisse auf den Betriebserwerber übergehen, die zu diesem Zeitpunkt noch bestehen. Bestehen sie aufgrund Aufhebungsvereinbarung oder Ablauf der im Insolvenzverfahren kürzeren Kündigungsfrist nicht mehr, findet kein Rechtsübergang statt bzw. es entfällt ein Wiedereinstellungsanspruch[456]. Entsprechend der Judikatur des *BAG*[457] kann der Aufhebungsvertrag auch mit Rückwirkung geschlossen werden, also die Aufhebung nach Betriebsübergang bzw. -fortführung sogar auf einen vor dem Übergang liegenden Zeit-

[452] So auch *Meyer*, AuA 2000, S. 40 (40), Anm. zu BAG v. 10.12.1998.
[453] Vgl. BAG v. 18.3.1999, AP Nr. 44 zu § 4 KSchG 1969 = BB 1999, S. 2675 (2676); BAG v. 19.6.1991, AP Nr. 53 zu § 1 KSchG 1969 Betriebsbedingte Kündigung = NZA 1991, S. 891 (892).
[454] BAG v. 16.5.2002, AP Nr. 237 zu § 613 a BGB = NZA 2003, S. 93 (99).
[455] BAG v. 10.12.1998, AP Nr. 185 zu § 613 a BGB = BB 1999, S. 1274 (1275); ebenso *Lembke*, BB 2005, S. 670 (671), Anm. zu LAG Bremen v. 26.8.2004.
[456] Vgl. BAG v. 28.10.2004, NZA 2005, S. 405 (406 f.); BAG v. 13.5.2004, AP Nr. 264 zu § 613 a BGB mit krit. Anm. *Germakowski* = DB 2004, S. 2107 (2108).
[457] BAG v. 10.12.1998 a.a.O.; zur rückwirkenden Beendigung eines Arbeitsverhältnisses allgemein BAG v. 17.4.1986, AP Nr. 40 zu § 615 BGB = NZA 1987, S. 17 (19).

punkt datiert werden, vorausgesetzt, das Arbeitsverhältnis ist bereits außer Vollzug gesetzt worden.

Solange eine Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses nach Betriebsfortführung bei Abschluss des dreiseitigen Vertrages nicht absehbar ist, führt dieser nicht zu einer Unterbrechung der Kontinuität des Arbeitsverhältnisses, sondern ist auf dessen endgültige Beendigung gerichtet. Die betroffenen Arbeitnehmer stehen vor der Alternative, ihren Arbeitsplatz durch betriebsbedingte Kündigung des Insolvenzverwalters – vorbehaltlich einer Sozialauswahl – ganz zu verlieren mit der ungewissen Möglichkeit einer Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses beim Betriebserwerber oder in ein Beschäftigungsverhältnis mit der Transfergesellschaft zu wechseln. Zwar will der Arbeitnehmer im Grunde seinen Arbeitsplatz behalten, so dass eine ganz autonome Entscheidung, am bisherigen Arbeitsplatz in keinem Fall weiterarbeiten zu wollen, nicht vorliegt[458]. Dennoch verschafft das Beschäftigungsverhältnis den Betroffenen eine rechtlich günstigere Position, als sie ohne den dreiseitigen Vertrag, also ohne den Wechsel in die Transfergesellschaft vorgelegen hätte[459], da dem bisherigen Arbeitgeber Konkurs bzw. Insolvenz droht und den Arbeitnehmern hierdurch der endgültige Verlust des Arbeitsplatzes. Der dreiseitige Vertrag ist nicht *wegen* der erfolgten Betriebsveräußerung bzw. -fortführung geschlossen worden, sondern aus Anlass der Betriebsänderung zum Zwecke der vollzogenen oder angestrebten Betriebssanierung[460]; der Betriebsübergang ist Nebenfolge. Schließlich sollten die Arbeitsverhältnisse nicht mit verändertem Inhalt fortgeführt, sondern beendet werden.

Man kann dem *BAG* in seiner Begründung, das Beschäftigungsverhältnis in der Transfergesellschaft sei eine günstigere Rechtsposition als die vage Aussicht auf ein Arbeitsverhältnis im fortgeführten Betrieb nur mit der Einschränkung zustimmen, dass die Betriebsfortführung zum Zeitpunkt des Abschlusses des dreiseiti-

[458] So auch APS/*Steffan*, KSchR § 613 a BGB Rdnr. 198; LAG Bremen v. 26.8.2004, ZIP 2004, S. 2452 (2454), Urteil aufgehoben durch BAG v. 18.8.2005, NZA 2006, S. 145.
[459] So auch BAG v. 10.12.1998 a.a.O..
[460] *Hanau*, ZIP 1998, S. 1817 (1822); APS/*Steffan*, KSchR § 613 a BGB Rdnr. 198; a.A. LAG Bremen v. 26.8.2004, ZIP 2004, S. 2452 (2454), aufgehoben durch BAG v. 18.8.2005; vgl. zur insolvenzbedingten Kündigung BAG v. 20.3.2003, AP Nr. 250 zu § 613 a BGB = NZA 2003, S. 1027 (1029) mit Anm. *Annuß/Stamer*.

gen Vertrages noch nicht absehbar sein, also keine greifbaren Formen angenommen haben darf. Ist die Betriebsfortführung hingegen bereits zeitlich konkret geplant und mit den Arbeitnehmern ein neues Arbeitsverhältnis zum Betriebsübernehmer vereinbart oder gar verbindlich in Aussicht gestellt worden, soll mit den Aufhebungsvereinbarungen die Kontinuität des bisherigen Arbeitsverhältnisses beseitigt, also § 613 a Abs. 1 Satz 1 BGB umgangen werden. Der dreiseitige Vertrag ist mithin unwirksam[461].

Zu dem gleichen Ergebnis kommt man in den Fällen, in denen die dreiseitigen Verträge verwendet wurden, um aus der Beschäftigung in der BQG heraus über ein weiteres konzernangehöriges Unternehmen Arbeitnehmerüberlassung durchzuführen[462]. Diese rechtliche Gestaltung soll einzig und allein eine Senkung der Personalkosten durch Verschlechterung der Arbeitsbedingungen ermöglichen, zudem die im Kündigungsschutz geltende vorrangige Weiterbeschäftigung im Unternehmen aushebeln[463]. Denn eine solche Weiterbeschäftigungsmöglichkeit ist gegeben, solange in anderen Betrieben des Unternehmens weiterhin Beschäftigungsbedarf besteht, auch wenn es ich hierbei nur um darum geht, die noch vorhandenen Aufträge abzuarbeiten. Ist die wirtschaftliche Lage des Unternehmens so desolat, dass eine Personalkostensenkung trotz Beschäftigungsbedarf unumgänglich ist, muss dies zunächst über eine Änderungskündigung versucht werden. Eine Beendigungskündigung bzw. ein dreiseitiger Vertrag, der das bisherige Arbeitsverhältnis aufhebt, verstößt gegen den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz, ist sozial nicht gerechtfertigt und deshalb rechtsunwirksam.

3. Rechtsfolgen

Kann der Insolvenzverwalter die übertragende Sanierung mit wirksamen dreiseitigen Verträgen über eine Transfergesellschaft durchführen, hat der Betriebserwerber keine Ansprüche auf Fortführung der Arbeitsverhältnisse zu befürchten. Die

[461] LAG Bremen v. 26.8.2004 a.a.O.; ähnlich ErfK/*Preis*, § 613 a BGB Rdnr. 155; APS/*Steffan*, KSchR § 613 a BGB Rdnr. 198.

[462] Diese Möglichkeit der Personalkostenreduzierung wird immer häufiger auch von Transfergesellschaften genutzt, vgl. nur *Melms/Lipinski*, BB 2004, S. 2409 ff.. Die hierfür erforderliche Erlaubnis nach § 1 AÜG zur Arbeitnehmerüberlassung besitzen die gewinnorientiert tätigen Transfergesellschaften in der Regel.

[463] So auch LAG Bremen v. 2.12.1997, LAGE § 1 KSchG Betriebsbedingte Kündigung Nr. 47, rkr..

den dreiseitigen Verträgen immanenten Aufhebungsvereinbarungen sind neben den o.g. Unwirksamkeitsgründen an den allgemeinen Wirksamkeitsvoraussetzungen von Willenserklärungen und Verträgen zu messen. Eine Unwirksamkeit könnte sich nur noch aus Wegfall der Geschäftsgrundlage oder Anfechtung ergeben[464]. Die Einrichtung einer Transfergesellschaft und die Konzeption dreiseitiger Vertrag ist den Arbeitnehmern in der Regel von den Betriebspartnern umfassend erklärt worden, insbesondere die Folgen der Aufhebungsvereinbarung. Dafür spricht, dass der Betriebsrat in der betrieblichen Praxis die Einrichtung einer Transfergesellschaft grundsätzlich mitträgt und daher auch als Ansprechpartner für die Arbeitnehmer fungiert.

4. Ergebnis:

Zeitliche Abläufe im Insolvenzverfahren und der mit der Einschaltung einer Transfergesellschaft verfolgte Zweck spielen für die Wirksamkeit des dreiseitigen Vertrags eine entscheidende Rolle. § 216 b SGB III darf nach seiner arbeitsförderungsrechtlichen Zielsetzung keinen Arbeitsplatzabbau und Entlassungen unter Verstoß gegen grundlegende Arbeitnehmerschutzvorschriften fördern.

IV. Insolvenz der Transfergesellschaft

In der Diskussion über betriebsorganisatorisch eigenständige Einheiten bisher gänzlich unberücksichtigt geblieben ist das Problem der Insolvenz der Transfergesellschaft.

1. Wirtschaftliche Situation

In welcher Rechtsform die einzelnen Transfergesellschaften gegründet werden, ist gesetzlich nicht geregelt und steht den Trägern frei. Einige Transfergesellschaften sind daher nicht als gemeinnützige Einrichtungen, sondern gewinnorientiert tätig. In jedem Fall müssen sie mit den ihnen zur Verfügung gestellten Finanzmitteln

[464] Dies hinsichtlich des dreiseitigen Vertrages klar verneinend BAG v. 21.1.1999, ZIP 1999, S. 1572 (1574).

(Remanenzkosten) wirtschaftlich arbeiten und neben der Finanzierung ihres eigenen Verwaltungsapparates eine dem Kooperationsvertrag entsprechende Qualifizierung und Vermittlung der Qualifizierungsnehmer gewährleisten. Der gesamte Geschäftsbetrieb, also eigener Personalbestand, Raumbedarf, Finanzplanung etc. muss längerfristig geplant werden und hängt von der konjunkturellen Lage, der Anzahl einzurichtender Einheiten sowie der Vermittlungsquote ab, so dass die Transfergesellschaften hierauf möglicherweise zu spät reagieren. Die Gefahr einer Insolvenz der Transfergesellschaft kann durch Einschaltung eines Treuhänders zwar verringert, nicht aber ausgeschlossen werden, solange betriebsorganisatorisch eigenständige Einheiten mehrerer Unternehmen betreut werden. Die Insolvenz einer Transfergesellschaft ist daher grundsätzlich möglich.

2. Ausblick

Für die in der Transfergesellschaft verbliebenen Qualifizierungsnehmer kann die Insolvenz große finanzielle Nachteile mit sich bringen. Sie verlieren ihr sozialversicherungspflichtiges Beschäftigungsverhältnis und die Qualifizierungsmöglichkeiten, obwohl sie vor dem Wechsel in die Transfergesellschaft auf im Zweifel lange Kündigungsfristen und hohe Sozialplananspruche verzichtet haben. Dem kann am ehesten durch detaillierte Regelungen im Kooperationsvertrag und – sofern vereinbart – im Transfersozialplan vorgebeugt werden. Bspw. könnte eine Nachschusspflicht des personalabgebenden Betriebes vereinbart werden, vgl. **§ 6 IV 3.**. Hier sind die Betriebspartner und Betreiber von Transfergesellschaften in die Pflicht zu nehmen, um eine Insolvenz der betriebsorganisatorisch eigenständigen Einheiten mit den für die Qualifizierungsnehmer negativen Folgen zu verhindern.

§ 10 Schlussthesen

1. Die betriebsorganisatorisch eigenständige Einheit (beE) ist Voraussetzung für die Gewährung von Transfer-Kurzarbeitergeld, § 216 b SGB III, mit dem dauerhafter Arbeitsausfall (Kurzarbeit „Null“), mithin Personalabbau, von der Arbeitsverwaltung gefördert wird. Die Einheit kann Betrieb, Betriebsteil oder sonstige Einheit sein und wird unternehmensintern oder -extern (als bzw. bei einer Transfergesellschaft/BQG) eingerichtet. Sollen Leistungen nach § 216 b SGB III bezogen werden, müssen die Voraussetzungen eines Betriebes erfüllt sein.

2. Die beE erfordert eine strikte räumliche und organisatorische Trennung von den Arbeitnehmern des bisherigen Betriebes, um eine Wettbewerbsverzerrung und unzulässige staatliche Beihilfe i.S.d. Art. 87 EGV zu verhindern. Verfolgt die beE den Betriebszweck der Qualifizierung und Vermittlung, ist sie bei eigener Leitungs- und Organisationsstruktur auch Betrieb i.S.d. § 1 BetrVG. Sie kann von allen erwerbswirtschaftlich tätigen Betrieben unabhängig von der Geltung des BetrVG eingerichtet werden, auch von Kleinbetrieben und Betrieben i.S.d. § 118 BetrVG.

3. Das Qualifizierungsverhältnis in der beE ist ein Arbeitsverhältnis eigener Art, §§ 611, 311 Abs. 1 BGB und ein sozialversicherungspflichtiges Beschäftigungsverhältnis i.S.d. § 7 SGB IV. Hauptpflichten der Teilnehmer sind die Qualifizierung und eigene Vermittlung, sie sind Qualifizierungsnehmer; Hauptpflichten des Arbeitgebers sind die Auszahlung des Transfer-Kurzarbeitergeldes und Ermöglichung der Qualifizierung. Betriebsverfassungsrechtlich sind die Beschäftigten keine Arbeitnehmer i.S.d. § 5 BetrVG.

4. In die interne beE wechseln die Arbeitnehmer i.d.R. durch Versetzung; Rechtsgrundlage für zukünftige Qualifizierungsnehmer ist der Änderungsvertrag, für zukünftige Mitarbeiter kann dies auch die Änderungskündigung oder das Direktionsrecht sein. Der Wechsel in die externe beE erfolgt durch dreiseitigen Vertrag (Aufhebungs- und gleichzeitiger Abschluss des Qualifizierungsvertrages). Es findet eine umfassenden Änderung der Arbeitsbedingungen statt, der Wechsel in die externe Einheit führt zu einem Arbeitgeberwechsel. Der Wechsel ist auch für ordentlich unkündbare Arbeitnehmer möglich.

5. Ein Ausscheiden aus der beE erfolgt durch Ablauf der Befristung, ordentliche oder außerordentliche Kündigung. Bei vorübergehendem Ausscheiden zwecks Qualifizierung bei einem anderen Arbeitgeber ruht das Beschäftigungsverhältnis in der beE. Die Möglichkeit eines Aufhebungsvertrages bleibt unberührt.

6. Jede Betriebsänderung mit Personalabbau oder reiner Personalabbau kann Voraussetzung für die Einrichtung der beE sein. Die Einigungsstelle muss bei Scheitern der Sozialplanverhandlungen der Betriebspartner zur ermessensfehlerfreien Entscheidung die Einrichtung einer beE in ihre Erwägungen miteinbeziehen, § 112 Abs. 5 Satz 2 Nr. 2 a BetrVG. Eine Entscheidung der Einigungsstelle, die die Einrichtung der beE vorsieht, stellt jedoch einen Eingriff in die unternehmerische Entscheidungsfreiheit dar und ist unzulässig. Die beE ist folglich von keinem der Betriebspartner erzwingbar.

7. Versetzungen in die interne beE unterliegen der Mitbestimmung des Betriebsrats nach §§ 99 ff. BetrVG. Die beE löst als Sozialeinrichtung im Prinzip auch die Mitbestimmung in sozialen Angelegenheiten aus. Sie greift indes nicht weiter als die Mitbestimmung im Rahmen der §§ 111 ff. BetrVG und wird daher in der betrieblichen Praxis bei Ausübung letzterer mitumfasst.

8. Wird der personalabbauende Betrieb weitergeführt, sind die für den Wechsel in die beE erforderlichen Aufhebungsvereinbarungen an § 613 a Abs. 4 BGB analog zu messen.

9. In der beE gelten die für Arbeitnehmer entwickelten Schutzvorschriften des MuSchG, BErzGG, EFZG und BUrlG entsprechend. Soll die Einheit unter Bezug von Transfer-Kurzarbeitergeld, § 216 b SGB III, geführt werden, sind von den Vertragsparteien als Voraussetzung für den Leistungsbezug Mitwirkungspflichten zu beachten.

10. Besondere Relevanz erlangt die externe beE (Transfergesellschaft) als personalabbauendes Instrument in der Insolvenz. Von Bedeutung ist die Interessenkollision zwischen übertragender Sanierung und der Einrichtung einer beE. Zuletzt sollten mögliche Folgeprobleme aus der Insolvenz einer beE nicht unbeachtet bleiben und im Wege einer vorbeugenden Nachschusspflicht aufgefangen werden.