

HSI-Schriftenreihe

Band 38

HSI

Hugo Sinzheimer Institut
für Arbeits- und Sozialrecht

Olaf Deinert

Betriebsverfassung in Zeiten der Globalisierung

Olaf Deinert

Betriebsverfassung in Zeiten der Globalisierung

HSI-Schriftenreihe
Band 38

Olaf Deinert

Betriebsverfassung in Zeiten der Globalisierung

Bibliografische Information der Deutschen Nationalbibliothek

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

© 2021 by Bund-Verlag GmbH, Frankfurt am Main

Herstellung: Kerstin Wilke

Umschlaggestaltung: Neil McBeath, Stuttgart

Satz: Reemers Publishing Services GmbH, Krefeld

Druck: CPI books GmbH, Leck

Printed in Germany 2021

ISBN 978-3-7663-7120-1

Alle Rechte vorbehalten,
insbesondere die des öffentlichen Vortrags, der Rundfunksendung
und der Fernsehausstrahlung, der fotomechanischen Wiedergabe,
auch einzelner Teile.

www.bund-verlag.de

Vorwort

Die Globalisierung der Wirtschaft schreitet voran. Dazu gehört auch die Zunahme grenzüberschreitender Konzernstrukturen, die in Deutschland immer mehr Beschäftigungsverhältnisse betrifft.

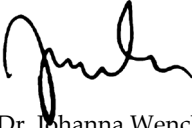
Diese Entwicklung stellt die Praxis betrieblicher Mitbestimmung immer wieder vor Herausforderungen, mit denen sich auch das Bundesarbeitsgericht bereits befasst hat. Um den Zielen des Betriebsverfassungsgesetzes Rechnung zu tragen, muss die Rechtsordnung für die Interessenvertretung bei grenzüberschreitenden Sachverhalten überzeugende Antworten finden, was jedoch bisher noch nicht gelingt.

Hat beispielsweise die Konzernmutter ihren Sitz im Ausland, soll nach Auffassung des Bundesarbeitsgerichts kein Konzernbetriebsrat gebildet werden können. Den hierzulande Beschäftigten fehlt dann jedoch eine wichtige Ebene der Mitbestimmung. Auch bei Aktienoptionsplänen – also in Fragen der Lohngestaltung – soll nach der jüngsten Rechtsprechung ein Mitbestimmungsrecht nicht bestehen, wenn die Pläne hierfür durch eine Konzernmutter im Ausland aufgestellt werden. Ein weiteres Problemfeld in der Praxis sind Fragen der Durchgriffshaftung bei Sozialplanleistungen.

Der Autor des vorliegenden Gutachtens, Inhaber des Lehrstuhls für Bürgerliches Recht, Arbeits- und Sozialrecht an der Georg-August-Universität Göttingen, kritisiert die Prüfung eines räumlichen Anwendungsbereichs des Betriebsverfassungsgesetzes nach dem Territorialitätsprinzip. Das Gutachten erläutert, warum der Ansatz, bei transnationalen Sachverhalten lediglich die (Nicht-) Anwendbarkeit des Betriebsverfassungsgesetzes festzustellen, zu kurz greift. Für die genannten Konstellationen entwickelt der Autor überzeugendere Lösungsansätze.

Das Gutachten macht deutlich, dass für Rechtsprechung und Politik reichlich Potential besteht, die betriebliche Mitbestimmung fit für die Herausforderungen der Globalisierung zu machen.

Eine anregende Lektüre wünscht

A handwritten signature in black ink, appearing to read 'J. Wenckebach', with a stylized, flowing script.

Dr. Johanna Wenckebach

Wissenschaftliche Direktorin des HSI

Inhaltsübersicht

Vorwort	5
I. Das vorherrschende Verständnis: territorial begrenzte Betriebsverfassung	9
II. Das Problem: amputierte Betriebsverfassung	14
1. Strukturelle Probleme	14
2. Praktische Probleme	18
III. Die Antworten der Praxis	20
IV. Die Kollisionsnorm für das Betriebsverfassungsrecht	24
1. Fehlen einer geschriebenen Kollisionsnorm	24
2. Suche nach einer allseitigen Kollisionsnorm	25
3. Maßgebliche Anknüpfungsnorm	26
a) Arbeitsvertragsakzessorietät	26
b) Territorialität	27
c) Lageort	31
d) Eingriffsrecht?	33
e) Konsequenz	34
V. Auslandsbeziehungen unter deutschem Betriebsverfassungsstatut	36
1. Ausstrahlungsfälle	37
2. (Teil-) Betriebsversammlung im Ausland	39
3. Errichtung eines Konzernbetriebsrats bei ausländischer Konzernspitze	41
a) Keine Begrenzung auf Konzernobergesellschaften mit Sitz im Inland	41
i. Selbstbeschränkte Sachnorm?	42
ii. Substitution, nicht Analogie	44
iii. Widerspruch zur Rechtsprechung zum Wirtschaftsausschuss bei ausländischem Unternehmen	46
iv. Fehlender sozialer Gegenspieler?	47
v. Weitere Argumente	48
vi. Zwischenergebnis	50

b) Repräsentation inländischer Betriebe	50
c) Ansprechpartner des Konzernbetriebsrats	52
4. Mitbestimmung bei Aktienoptionsplänen der ausländischen Konzernmutter	55
a) Strikte rechtliche Trennung	56
b) Konsequenz für die Mitbestimmung des Betriebsrats	58
c) Mitbestimmung bei eigenständigen Verpflichtungen des Arbeitgebers	60
d) Einladung zur Umgehung der Mitbestimmungsrechte	62
e) Das Verhältnis zur Konzernmutter: Problematisches Fehlen eines Konzernbetriebsrats	64
f) Zwischenergebnis	65
5. Berechnungsdurchgriff auf (ausländische) Konzernmutter und Durchgriffshaftung	66
a) Grundsatz	66
i. Ausgangsfrage	66
ii. Anknüpfung an die Möglichkeit eines Haftungs- durchgriffs	68
iii. Anknüpfen an vertragliche Verpflichtungen des herrschenden Unternehmens	69
iv. Anknüpfen an Existenzvernichtungshaftung?	70
b) Möglichkeiten eines Berechnungsdurchgriffs und einer Haftung der Muttergesellschaft	72
c) Kollisionsrechtliche Einordnung	73
d) Notwendigkeit eigener Wege des Arbeitsrechts	74
VI. Durchsetzung der Rechte der Interessenvertretung	77
VII. Zusammenfassung	80
Literaturverzeichnis	83

I. Das vorherrschende Verständnis: territorial begrenzte Betriebsverfassung

Zufolge verbreiteter Ansicht in der rechtswissenschaftlichen Literatur folgt das Betriebsverfassungsrecht dem sogenannten Territorialitätsprinzip.¹ Dies wiederum entspricht einer ständigen Rechtsprechung des BAG und zuvor bereits des RAG.² Diese hält das Territorialitätsprinzip für maßgeblich bei der Bestimmung des räumlichen Anwendungsbereichs des BetrVG.³ Dasselbe soll übrigens für das KSchG gelten.⁴

Dahinter steckt die Vorstellung, dass das BetrVG für deutsche Betriebe gilt. Das gilt auch, wenn die Unternehmensleitung ihren Sitz im Ausland⁵ hat,⁶ selbst

¹ *Fitting*, § 1 Rn. 12; *HWK-Gaul*, Vorb.BetrVG Rn. 5; *Hako-BetrVG-Kloppenburger*, § 1 Rn. 112; *ErfK-Koch*, § 1 BetrVG Rn. 5; *WPK-Preis*, § 1 Rn. 9; *Deinert/Heuschmid/Zwanziger-Heuschmid*, § 9 Rn 31; *NK-GA-Kloppenburger*, § 1 BetrVG Rn. 48; *NK-GA-Mauer*, Rom I-VO Art. 3, 8 Rn. 102; *MünchArbR-Oetker*, § 13 Rn. 163; *BeckOK-Spickhoff*, Art. 8 Rom I-VO, 12; *Lipperheide*, S. 65ff.; *Auffarth*, FS Hilger und Stumpf, 1983, S. 31; *Reiter*, NZA 2004, 1246, 1249f.; *Richardi*, IPRax 1983, 217, 218; *Sura*, RIW 2019, 126, 12; a.A. etwa *Däubler*, RabelsZ 39 (1975), 444ff.; *Gamillscheg*, Internationales Arbeitsrecht, S. 370ff.; *Deinert*, Internationales Arbeitsrecht, § 17 Rn. 17ff.

² RAG 1.4.1931 – RAG. 7/31, RAGE 12, 111; RAG 4.11.1933 – RAG. 182/33, RAGE 19, 135; BAG 1.10.1974 – 1 ABR 77/73, AP Nr. 1 zu § 106 BetrVG 1972; BAG 25.4.1978 – 6 ABR 2/77, AP Nr. 16 zu Internationales Privatrecht Arbeitsrecht; BAG 30.4.1987 – 2 AZR 192/86, AP Nr. 15 zu § 12 SchwbG, m. krit. Anm. *Gamillscheg*; BAG 7.12.1989 – 2 AZR 228/89, AP Nr. 27 zu Internationales Privatrecht Arbeitsrecht, m. krit. Anm. *E. Lorenz*; BAG 20.2.2001 – 1 ABR 30/00, AP Nr. 23 zu § 101 BetrVG 1972 (= NZA 2001, 1033); insgesamt für das kollektive Arbeitsrecht und damit auch für die Personalvertretung BAG 21.11.1996 – 2 AZR 832/95, AP Nr. 10 zu § 79 BPersVG.

³ Vgl. etwa BAG 9.11.1977 – 5 AZR 132/76, AP Nr. 13 zu Internationales Privatrecht Arbeitsrecht; BAG 27.5.1982 – 6 ABR 28/80, AP Nr. 3 zu § 42 BetrVG 1972; BAG 30.4.1987 – 2 AZR 192/86, AP Nr. 15 zu § 12 SchwbG; BAG 22.3.2000 – 7 ABR 34/98, AP Nr. 8 zu § 14 AÜG (= NZA 2000, 1119); BAG 21.8.2007 – 3 AZR 269/06, AP Nr. 60 zu § 1 BetrVG Gleichbehandlung, Rn. 17 (= BAGE 124, 22); BAG 24.5.2018 – 2 AZR 54/18, AP Nr. 171 zu § 102 BetrVG 1972.

⁴ BAG 24.5.2018 – 2 AZR 54/18, AP Nr. 171 zu § 102 BetrVG 1972, Rn. 29; ausf. zur Kritik *Deinert*, Internationales Arbeitsrecht, § 13 Rn. 37.

⁵ Welche Bedeutung es für das Territorialitätsprinzip hat, dass das Unionsrecht eine teilweise Aufgabe der Sitztheorie für das Personalstatut von Unternehmensträgern erzwingt (s.u. V. 3. a. 5.), so dass Gesellschaften deutschen Rechts ihren Sitz im Aus-

wenn die Leitung des Betriebes aus dem Ausland erfolgt.⁷ Ein Eingriff in die Niederlassungsfreiheit (Art. 49ff. AEUV) liegt darin nach allgemeiner Meinung nicht bzw. ist zumindest gerechtfertigt, weil dadurch das Ziel einer Arbeitnehmerbeteiligung in nicht-diskriminierender Weise verwirklicht wird.⁸ Selbstständige Betriebsteile im Inland werden über § 4 Abs. 1 Satz 1 BetrVG ebenfalls erfasst.⁹ Für Betriebe deutscher Unternehmen im Ausland kommt das Gesetz danach aber umgekehrt nicht zur Anwendung,¹⁰ dasselbe muss folgerichtig auch für selbstständige Betriebsteile im Ausland gelten.¹¹ Vielmehr, so wohl die unausgesprochene Vorstellung, ist das dortige Betriebsverfassungsrecht anwendbar, sofern es denn in dem jeweiligen Land ein solches gibt. Das läuft auf eine exakt trennscharfe Abgrenzung der Betriebsverfassungssysteme an den Landesgrenzen hinaus. Dass sich dies in Reinform nicht durchhalten lässt, liegt auf der Hand. Schon wenn ein Arbeitnehmer auf Dienstreise ist,¹² müsste er sonst an sich aus der Betriebsverfassung herauswandern. Die herrschende Meinung möchte das Problem mit der sogenannten Ausstrahlungslehre lösen,¹³ das

land haben können und ausländische Gesellschaften ihren Sitz im Inland, ist eine Frage, der, soweit ersichtlich bislang noch niemand nachgegangen ist.

⁶ GK-Franzen, § 1 Rn. 4; Hako-BetrVG-Kloppenburger, § 1 Rn. 112; ErfK-Koch, § 1 BetrVG Rn. 5; WPK-Preis, § 1 Rn. 9; Richardi-Richardi, Einleitung Rn. 70; DKW-Trümner, § 1 Rn. 24

⁷ Fischer, BB 2000, 562.

⁸ Vgl. m.w.N. Wollwert, S. 80ff.

⁹ Fitting, § 1 Rn. 13.

¹⁰ BAG 25.4.1978 – 6 ABR 2/77, AP Nr. 16 zu Internationales Privatrecht Arbeitsrecht; BAG 22.3.2000 – 7 ABR 34/98, AP Nr. 8 zu § 14 AÜG; Fitting, § 1 Rn. 16; GK-Franzen, § 1 Rn. 9; Hako-BetrVG-Kloppenburger, § 1 Rn. 112; ErfK-Koch, § 1 BetrVG Rn. 5; WPK-Preis, § 1 Rn. 9; DKW-Trümner, § 1 Rn. 25; Richardi-Richardi, Einleitung Rn. 68f.; Neumann-Duesberg, Betriebsverfassungsrecht, S. 91f.; Stoffels/Lembke, Betriebsverfassungsrecht, § 3 Rn. 4; Auffarth, FS Hilger und Stumpf, 1983, S. 31, 33.

¹¹ Vgl. m.w.N. auch zur Gegenansicht GK-Franzen, § 1 Rn. 11; ebenso Däubler, Betriebsverfassung in globalisierter Wirtschaft, S. 45; Fitting, § 1 Rn. 18; für eine Nichtanwendung auch auf unselbstständige Betriebsteile BAG 25.4.1978 – 6 ABR 2/77, AP Nr. 16 zu Internationales Privatrecht Arbeitsrecht; BAG 30.4.1987 – 2 AZR 192/86, AP Nr. 15 zu § 12 SchwbG; dagegen: Däubler, Betriebsverfassung in globalisierter Wirtschaft, S. 44.

¹² Zu sachrechtlichen Fragen der Behandlung von Dienstreisen im deutschen Recht vgl. Preis/Schwarz, Dienstreisen als Rechtsproblem.

¹³ BAG 25.4.1978 – 6 ABR 2/77, AP Nr. 16 zu Internationales Privatrecht Arbeitsrecht; Lipperheide, S. 70ff.; Fitting, § 1 Rn. 23; HWK-Gaul, Vorb. BetrVG Rn. 5ff.; ErfK-Koch, § 1 BetrVG Rn. 4; Hako-BetrVG-Kloppenburger, § 1 Rn. 112; NK-GA-Kloppenburger, § 1 BetrVG Rn. 49ff.; MünchArbR-Oetker, § 13 Rn. 165ff.; Richardi, IPRax 1983, 217, 218; Stoffels/Lembke, Betriebsverfassungsrecht, § 3 Rn. 5; Auffarth, FS Hilger und Stumpf, 1983, S. 31, 35ff.; Sura, RIW 2019, 126ff.

BAG bezeichnet dies in neueren Entscheidungen auch als persönlichen Anwendungsbereich des BetrVG.¹⁴ Die Ausstrahlung setzt eine Beziehung zum Inlandsbetrieb voraus, die eine Zurechnung zur Inlandstätigkeit des Betriebes rechtfertigt.¹⁵ Dazu kommt es insbesondere auf die Dauer der Auslandstätigkeit an sowie darauf, ob der Arbeitnehmer in eine betriebliche Struktur im Ausland eingegliedert ist. Bei dauernder Auslandstätigkeit soll es zumeist an dem Bezug fehlen, während umgekehrt ein Rückrufrecht des inländischen Arbeitgebers, sofern es praktische Bedeutung hat, für den entsprechenden Bezug spricht.¹⁶ Der Inlandsbezug soll schließlich auch daraus folgen können, dass das Direktionsrecht vom inländischen Betrieb aus ausgeübt wird.¹⁷

Auf der Grundlage des Territorialitätsprinzips fehlt es beispielsweise Arbeitnehmern, die ständig in Auslandsvertretungen beschäftigt sind, am aktiven und passiven Wahlrecht im inländischen Betrieb.¹⁸

Ferner soll die Errichtung eines Konzernbetriebsrats nur möglich sein, wenn nicht nur die unter einheitlicher Leitung zusammengefassten Unternehmen, sondern auch die Konzernobergesellschaft ihren Sitz im Inland hat.¹⁹ Ein Kon-

¹⁴ Vgl. BAG 27.5.1982 – 6 ABR 28/80, AP Nr. 3 zu § 42 BetrVG 1972; BAG 30.4.1987 – 2 AZR 192/86, AP Nr. 15 zu § 12 SchwbG; BAG 7.12.1989 – 2 AZR 228/89, AP Nr. 27 zu Internationales Privatrecht Arbeitsrecht; BAG 22.3.2000 – 7 ABR 34/98, AP Nr. 8 zu § 14 AÜG; BAG 20.2.2001 – 1 ABR 30/00, AP Nr. 23 zu § 101 BetrVG 1972; BAG 24.5.2018 – 2 AZR 54/18, AP Nr. 171 zu § 102 BetrVG 1972, Rn. 13ff. (= NZA 2018, 1396); zust. GK-Franzen, § 1 Rn. 13; so bereits Auffarth, FS Hilger und Stumpf, 1983, S. 31, 35ff.

¹⁵ BAG 7.12.1989 – 2 AZR 228/89, AP Nr. 27 zu Internationales Privatrecht Arbeitsrecht; BAG 20.2.2001 – 1 ABR 30/00, AP Nr. 23 zu § 101 BetrVG 1972; BAG 24.5.2018 – 2 AZR 54/18, AP Nr. 171 zu § 102 BetrVG 1972, Rn. 13.

¹⁶ BAG 20.2.2001 – 1 ABR 30/00, AP Nr. 23 zu § 101 BetrVG 1972; Hako-BetrVG-Kloppenburg, § 1 Rn. 112.

¹⁷ BAG 20.2.2001 – 1 ABR 30/00, AP Nr. 23 zu § 101 BetrVG 1972.

¹⁸ BAG 25.4.1978 – 6 ABR 2/77, AP Nr. 16 zu Internationales Privatrecht Arbeitsrecht.

¹⁹ BAG 23.5.2018 – 7 ABR 60/16, AP Nr. 19 zu § 54 BetrVG 1972, Rn. 23ff. (= NZA 2018, 1562); BAG 14.2.2007 – 7 ABR 26/06, AP Nr. 13 zu § 54 BetrVG 1972, Rn. 52ff. (= NZA 2007, 999); BAG 16.5.2007 – 7 ABR 63/06, AP Nr. 3 zu § 96a ArbGG 1979; BAG 22.7.2008 – 1 ABR 40/07, AP Nr. 14 zu § 87 BetrVG 1972, Rn. 39 (= NZA 2008, 1248); zust. Richardi-Annuß, § 54 Rn. 35; GK-Franzen, § 54 Rn. 45; Hako-BetrVG-Kloppenburg, § 1 Rn. 112; ErfK-Koch, § 54 BetrVG Rn. 7; MünchArbR-Nebendahl, § 302 Rn. 31; WPK-Preis, § 1 Rn. 10; WPK-Roloff, § 54 Rn. 11; Fuchs, S. 184 ff.; Wollwert, S. 146ff.; Junker, SAE 2008, 41ff.; Kort, NZA 2009, 464ff.; Röder/Powietzka, DB 2004, 542, 546; Ullrich, DB 2007, 2710ff.; ebenso i.E., obwohl das Territorialitätsprinzip ablehnend, Gamillscheg, Kollektives Arbeitsrecht II, S. 673; a.A. MünchArbR-Boemke, § 284 Rn. 28; Fitting, § 54 Rn. 34cf.; Richardi-Richardi, Einleitung Rn. 72; Schlüpers-Oehmen, S. 101; DKW-Wenckebach, Vor § 54 Rn. 23ff.; ferner Däubler, Betriebsverfas-

zernbetriebsrat kommt danach nur in Betracht, falls im Falle des Konzerns im Konzern²⁰ das Tochterunternehmen noch wesentliche Leitungsaufgaben zur eigenständigen Ausübung gegenüber den Enkelunternehmen hat, so dass der Konzernbetriebsrat bei der Teilkonzernspitze errichtet wird.²¹ Wo danach kein Konzernbetriebsrat errichtet werden kann, sollen die Arbeitnehmer aber nicht schutzlos dastehen. Beteiligungsrechte, die an sich dem Konzernbetriebsrat zustehen, sollen dann von den Gesamtbetriebsräten und den Betriebsräten der konzernangehörigen Unternehmen wahrgenommen werden.²² Wenn das herrschende Unternehmen seinen Sitz im Inland hat, die abhängigen Unternehmen aber nicht, soll die Errichtung eines Konzernbetriebsrats ebenfalls ausscheiden.²³

Demgegenüber hat das BAG, ebenfalls unter Berufung auf das Territorialitätsprinzip angenommen, dass auch bei einer ausländischen Unternehmensleitung für die inländischen Betriebe ein Wirtschaftsausschuss zu errichten sei.²⁴ Dementsprechend hält die herrschenden Meinung auch die Errichtung eines Gesamtbetriebsrats für geboten, wenn ein ausländisches Unternehmen mindestens zwei Inlandsbetriebe hat.²⁵ Nicht erfasst werden hingegen Auslandsbetriebe,

sung in globalisierter Wirtschaft, S. 67f.; DKW-Däubler, Einleitung Rn. 237; Bachmann, RdA 2008, 107ff.; M. Schmidt, NZA 2020, 492ff.; Deinert, FS Marhold, 2020, S. 457, 465ff.

- ²⁰ Dazu grundlegend BAG 21.10.1980 – 6 ABR 41/78, AP Nr. 1 zu § 54 BetrVG 1972, m. zust. Anm. Fabricius; allg. Fitting, § 54 Rn. 32f.; DKW-Wenckebach, Vor § 54 Rn. 17; MünchArbR-Nebendahl, § 302 Rn. 13ff.; Stoffels/Lembke, Betriebsverfassungsrecht, § 6 Rn. 31; Nick, S. 130ff.
- ²¹ BAG 23.5.2018 – 7 ABR 60/16, AP Nr. 19 zu § 54 BetrVG 1972, Rn. 20ff.; BAG 14.2.2007 – 7 ABR 26/06, AP Nr. 13 zu § 54 BetrVG 1972, Rn. 48ff.; BAG 16.5.2007 – 7 ABR 63/06, AP Nr. 3 zu § 96a ArbGG 1979, Rn. 30ff.; zust. etwa GK-Franzen, § 54 Rn. 46; i.E. ähnl. Nick, S. 132ff.; einschränkend: nur bei Unternehmensverlagerungen mit Umgehungsabsicht Fuchs, S. 185f.
- ²² BAG 23.5.2018 – 7 ABR 60/16, AP Nr. 19 zu § 54 BetrVG 1972, Rn. 26; BAG 14.2.2007 – 7 ABR 26/06, AP Nr. 13 zu § 54 BetrVG 1972, Rn. 62; ErfK-Koch, § 54 BetrVG Rn. 7; a.A. allerdings Kort, NZA 2009, 464, 465.
- ²³ ErfK-Koch, § 54 BetrVG Rn. 7.
- ²⁴ BAG 1.10.1974 – 1 ABR 77/73, AP Nr. 1 zu § 106 BetrVG 1972; BAG 31.10.1975 – 1 ABR 4/74, AP Nr. 2 zu § 106 BetrVG 1972; zust. DKW-Däubler, Einleitung Rn. 237; ErfK-Koch, § 106 BetrVG Rn. 2; Richardi-Richardi, Einleitung Rn. 71; Gamillscheg, Kollektives Arbeitsrecht II, S. 208; Birk, FS Schnorr von Carolsfeld, 1972, S. 61, 73; krit. GK-Franzen, § 1 Rn. 7f.
- ²⁵ Junker, Internationales Arbeitsrecht im Konzern, S. 398f.; Birk, FS Schnoor von Carolsfeld, S. 61, 83; Buchner, FS Birk, S. 11, 19; Peix, S. 66ff.; ErfK-Koch, § 47 BetrVG Rn. 5; GK-Kreutz/Franzen, Rn. 9; Löwisch/Kaiser, § 47 Rn. 6; WPK-Preis, § 1 Rn. 10; Richardi-Richardi, Einleitung Rn. 71; Hako-BetrVG-Tautphäus, § 47 Rn. 15; ErfK-Koch, § 147 BetrVG Rn. 5; MünchKomm-Martiny, Art. 8 Rom I-VO Rn. 152; Gamillscheg,

sodass in Unternehmen, die lediglich einen Inlandsbetrieb unterhalten, kein Gesamtbetriebsrat zu errichten ist.²⁶

Mitbestimmungsrechte der Betriebsräte in Inlandsbetrieben unterliegen grundsätzlich deutschem Recht, auch wenn die Unternehmensleitung ihren Sitz im Ausland hat.²⁷ Auch wird im Kontext der Betriebsratsanhörung bei Kündigungen das Territorialitätsprinzip für maßgeblich gehalten. Sofern ein Arbeitnehmer im Ausland tätig sei, komme es darauf an, ob sich diese Tätigkeit als Ausstrahlung des Inlandsbetriebes darstelle.²⁸

Davon wiederum unterscheidet die Rechtsprechung die Frage, ob ein inländischer Betriebsrat für vorübergehend ins Ausland entsandte Arbeitnehmer eine Betriebs- oder Abteilungsversammlung durchführen kann. Das verneint sie, weil es insoweit nicht um eine Frage der Ausstrahlung im Sinne des persönlichen Anwendungsbereichs des BetrVG gehe, sondern um organschaftliche Handlungen des Betriebsrats, die den räumlichen Geltungsbereich des Gesetzes betreffen.²⁹

Seeschiffahrtsunternehmen mit Sitz im Ausland sollen dem Gesetz nicht unterliegen, auch wenn sie Schiffe unter der Bundesflagge bereedern. Das hat das BAG allerdings nicht aus dem Territorialitätsprinzip hergeleitet, sondern sachrechtlich aus § 114 Abs. 2 BetrVG.³⁰

Kollektives Arbeitsrecht II, S. 208, 659; DKW-Deinert, § 47 Rn. 35; DKW-Trümmer, § 1 Rn. 24; a.A.: Salamon, NZA 2019, 283, 286; Lipperheide, S. 90ff.

²⁶ DKW-Deinert, § 47 Rn. 36.

²⁷ BAG 22.7.2008 – 1 ABR 40/07, AP Nr. 14 zu § 87 BetrVG 1972, Rn. 60.

²⁸ BAG 24.5.2018 – 2 AZR 54/18, AP Nr. 171 zu § 102 BetrVG 1972, Rn. 13; BAG 30.4.1987 – 2 AZR 192/86, AP Nr. 15 zu § 12 SchwbG; BAG 7.12.1989 – 2 AZR 228/89, AP NR. 27 zu Internationales Privatrecht Arbeitsrecht (= SAE 1990, 248); BAG 9.11.1977 – 5 AZR 132/76, AP Nr. 13 zu Internationales Privatrecht Arbeitsrecht.

²⁹ BAG 27.5.1982 – 6 ABR 28/80, AP Nr. 3 zu § 42 BetrVG 1972.

³⁰ BAG 26.9.1978 – 1 AZR 480/76, AP Nr. 1 zu § 114 BetrVG 1972.

II. Das Problem: amputierte Betriebsverfassung

1. Strukturelle Probleme

Nach Angaben des Statistischen Bundesamtes gehörten im Jahr 2017 in der nichtfinanziellen gewerblichen Wirtschaft rund 36.187 Unternehmen zu einer Muttergesellschaft mit Sitz im Ausland. Für diese waren 3,6 Mio. Beschäftigte tätig, die einen Umsatz von etwa 1,6 Billionen € erwirtschafteten.³¹ Im Jahr 2014 gab es allein in der EU 1,9 Mio. Entsendungen, bei stark steigender Tendenz.³² Es ist offenkundig und nicht zu übersehen, dass die territoriale Begrenztheit der Betriebsverfassung in einer derart globalisierten Welt der Effektivität der betrieblichen Interessenvertretung abträglich ist.

So kann beispielsweise eine Betriebsversammlung im Inland, von der faktisch die ins Ausland entsandten Arbeitnehmer ausgeschlossen sind, keine effektive Kommunikation zwischen Betriebsrat und Arbeitnehmern bedeuten. Damit ist nicht nur die Wahrnehmung der Aufgaben des Betriebsrats betroffen, sondern auch die betrieblichen Rechte der betroffenen Arbeitnehmer.

Wenn die Ausstrahlungslehre nicht deckungsgleich mit der Frage der Eingliederung der betroffenen Arbeitnehmer in den Betrieb ist, führt dies dazu, dass die Wahrnehmung von Mitbestimmungsrechten, aber auch von betriebsverfassungsrechtlichen Rechten der betroffenen Arbeitnehmer, hinter dem zurückbleibt, was bei reinen Inlandsfällen gelten würde.

Für Auslandsbetriebe deutscher Unternehmen folgt aus dem Territorialitätsprinzip, dass nur ein Teil der Arbeitnehmer, die in dem Unternehmen beschäftigt sind, durch den Gesamtbetriebsrat auf Unternehmensebene vertreten sind. Auch soweit es im Ausland eine entsprechende Betriebsverfassung gibt, und es dort tatsächlich mehrere Betriebe gibt und darüber hinaus ein Betriebsrat auf

³¹ <https://www.destatis.de/DE/Themen/Branchen-Unternehmen/Unternehmen/Auslands-kontrollierte-Unternehmen/aktuell-taetige-personen.html;jsessionid=B1997F9BED795CEAA10AC31269D0B02D.internet732> (zuletzt abgerufen am 3.10.2020).

³² Mitgeteilt im Vorschlag zur Änderung der Entsenderichtlinie, KOM (2016) 128 final, S. 2.

Unternehmensebene gegründet werden kann,³³ werden die betreffenden Arbeitnehmer nicht einheitlich durch einen Gesamtbetriebsrat vertreten, wie dies in § 47 BetrVG vorgesehen ist und in reinen Inlandsfällen geschieht, sondern es gäbe eine Mehrzahl von Vertretungsgremien auf Unternehmensebene. Ganz zu schweigen ist in dem Zusammenhang von der Frage, ob die Mitbestimmungsrechte eines entsprechenden Gremiums im Ausland in diesen Fällen vergleichbar sind und die Zuständigkeitsabgrenzung zwischen betrieblicher und Unternehmensebene auf vergleichbare Weise erfolgt. Der Zweck eines Ausgleichs kollidierender Betriebsratsinteressen³⁴ lässt sich durch einheitliche Vertretung auf Unternehmensebene so nicht mehr erreichen. Wenn es im Ausland an einer entsprechenden Interessenvertretung, wie zumeist, fehlt, bleibt ein Teil der Belegschaft ohne Interessenvertretung auf Unternehmensebene. Immerhin würde für die betreffenden Arbeitnehmer auch nichts anderes gelten, wenn das Unternehmen seinen Sitz in dem betreffenden Land hätte.

Dies zeigt aber, dass sich entsprechende Probleme auf Konzernebene fortsetzen. Wenn im Falle einer inländischen Konzernmutter ein Konzernbetriebsrat gebildet wird, werden durch diesen auf Konzernebene allein die Belegschaften der inländischen Betriebe vertreten.³⁵ Bei einer ausländischen Konzernmutter potenzieren sich die Probleme. Nur wenn im Inland eine Teilkonzernspitze existiert, gibt es eine einheitliche Interessenvertretung für die in Inlandsbetrieben beschäftigten Arbeitnehmer. Ausländische Belegschaften werden jedenfalls nicht nach dem deutschen BetrVG vertreten. Mangels inländischer Konzernspitze gibt es gar keine Interessenvertretung auf Konzernebene, und zwar auch nicht einmal für die Belegschaften der inländischen Betriebe. Soweit für diese Gesamtbetriebsräte zu errichten sind, werden die Inlandsbelegschaften immerhin über diese vertreten. Hier setzen sich die Probleme fort, die sich auf Unternehmensebene bei der mangelnden einheitlichen Vertretung bereits gezeigt haben. Der Sinn eines Konzernbetriebsrats ist die Errichtung einer einheitlichen Vertretung dort, wo unternehmerische Leitungsmacht konkret entfaltet und ausgeübt wird.³⁶ Mögen den Gesamtbetriebsräten und gegebenenfalls Einzelbetriebsräten in einem solchen Fall

³³ So etwa im österreichischen Recht nach §§ 80 ArbVG über den Zentralbetriebsrat.

³⁴ BAG 16.8.1983 – 1 AZR 544/81, AP Nr. 5 zu § 50 BetrVG; DKW-*Deinert*, § 47 Rn. 5.

³⁵ DKW-*Wenckebach*, Vor § 54 Rn. 29; a.A. *Birk*, FS Schnorr von Carlosfeld, 1972, S. 61, 85.

³⁶ Vgl. BAG 21.10.1980 – 6 ABR 41/78, AP Nr. 1 zu § 54 BetrVG 1972, m. zust. Anm. *Fabricius*; BAG 14.2.2007 – 7 ABR 26/96, AP Nr. 13 zu § 54 BetrVG 1972; BAG 27.10.2010 – 7 ABR 85/09, AP Nr. 14 zu § 54 BetrVG 1972; DKW-*Wenckebach*, Vor § 54 Rn. 1; vgl. *Gamillscheg*, Kollektives Arbeitsrecht II, S. 673.

auch die Rechte des Konzernbetriebsrats zufallen, so fehlt es an der einheitlichen Vertretung der Beschäftigten der inländischen Betriebe.³⁷ Ein Ausgleich kollidierender Interessen der Betriebsräte unterschiedlicher Unternehmen³⁸ lässt sich auf diese Weise jedenfalls nicht bewerkstelligen.³⁹ In praktischer Hinsicht bleibt dabei ohnehin vieles unklar.⁴⁰ So ist schon problematisch, ob die Gesamtbetriebsräte und Betriebsräte jeder für sich handeln oder gemeinsam. Unklar ist auch, mit wem sie verhandeln. Auch bleibt offen, wie mit Kollisionen von Betriebsvereinbarungen umzugehen wäre. Schließlich bedürfte es auch der Klärung, wie eine Einigungsstelle gegebenenfalls zu bilden wäre. Insgesamt lässt sich dieses Verständnis vom Territorialitätsprinzip als Einladung zur Umgehung von Mitbestimmungsrechten begreifen.⁴¹

Das Argument, die Mitbestimmungsrechte würden von den Gesamtbetriebsräten wahrgenommen, so dass keine Vertretungslücke entstehe, ist im Übrigen unvereinbar mit dem Verständnis geteilter Zuständigkeiten.⁴² Das BAG geht im Verhältnis zwischen örtlichen Betriebsräten und Gesamtbetriebsrat sowie diesem und Konzernbetriebsrat von einer strikten Zuständigkeitstrennung aus.⁴³ Wenn sich die Zuständigkeiten wechselseitig ausschließen, kann sich eine Zuständigkeit nicht wieder auftun, wenn es an dem Konzernbetriebsrat fehlt. Vielmehr ergibt sich eine Mitbestimmungslücke bei Fehlen des jeweiligen Mitbestimmungsorgans.⁴⁴ Dies ist letztlich auch in der Struktur der Zuständigkeitsbestimmungen in §§ 50 Abs. 1 Satz 1, 58 Abs. 1 Satz 1 BetrVG so angelegt. Die Zuständigkeit des Gesamtbetriebsrats ist nur gegeben, wenn es sich um eine überbetriebliche Angelegenheit handelt, die nicht durch die einzelnen Betriebsräte geregelt werden kann, die Zuständigkeit des Konzernbetriebsrats bei einer unternehmensübergreifenden Angelegenheit, die nicht durch die Gesamtbetriebsräte geregelt werden kann. Die Annahme, die Mitbestimmungsrechte würden im internationalen Konzern mit ausländischer Konzernspitze durch die Betriebsverfassungsorgane auf jeweils tieferer Stufe wahrgenommen, wäre

³⁷ Vgl. DKW-Däubler, Einleitung Rn. 237.

³⁸ Zu diesem Zweck Wollwert, S. 10f.

³⁹ DKW-Wenckebach, Vor § 54 Rn. 26; vgl. auch Wollwert, S. 185ff.

⁴⁰ Zum Folgenden: *Fitting*, § 54 Rn. 34h und *Linsenmaier*, FS 100 Jahre Betriebsverfassungsrecht, S. 409, 421.

⁴¹ Krit. daher *Fitting*, § 54 Rn. 34i.

⁴² *Fitting*, § 54 Rn. 34g; *Deinert*, FS Marhold, 2020, S. 457, 468.

⁴³ BAG 14.11.2006 – 1 ABR 4/06, AP Nr. 43 zu § 87 BetrVG; vgl. GK-Kreutz/Franzen, § 47 Rn. 18; DKW-*Deinert*, § 47 Rn. 14; DKW-*Wenckebach*, § 58 Rn. 20.

⁴⁴ Vgl., auch zu möglichen Ausnahmen, DKW-*Deinert*, § 50 Rn. 14.

demnach entweder unzutreffend,⁴⁵ weil diesen die Zuständigkeit fehlt, oder liefe darauf hinaus, dass die Vorstellung des Gesetzgebers, dass es eine Interessenvertretung auf Unternehmens- und Konzernebene bedürfe, verfehlt sei, weil immer auch die Betriebsräte bzw. Gesamtbetriebsräte handeln könnten. *M. Schmidt* äußert daher zu Recht krit.: „Wie das funktionieren soll, bleibt das Geheimnis des 7. *Senats*“.⁴⁶

So setzt sich die Rechtsprechung denn auch in Widerspruch zu sich selbst. Im Kontext der Frage der Errichtung eines Konzernbetriebsrats im öffentlich-privatrechtlichen Mischkonzern wurde das Erfordernis seiner Errichtung unter anderem mit dem Zweck begründet und in dem Kontext darauf hingewiesen, dass Gesamtbetriebsräte und/oder Einzelbetriebsräte nicht in der Lage seien, einen Konzernbetriebsrat zu ersetzen, weil diese „nicht notwendig ‚mit einer Stimme‘“ sprächen.⁴⁷ Insofern überzeugt es auch nicht, dass ein vermeintlicher Unterschied darin gesehen wird, dass in der vorliegend zu diskutierenden Konstellation ein Konzernbetriebsrat – jedenfalls nach den Vorstellungen der Rechtsprechung – von Rechts wegen gar nicht errichtet werden kann.⁴⁸

Freilich sucht das BAG hier einen Ausweg, in dem es behauptet, die Zuständigkeitstrennung scheide von vornherein aus, wenn ein Konzernbetriebsrat nicht errichtet werden könne.⁴⁹ Das scheint freilich sehr vom Ergebnis her argumentiert, steht diese Erwägung doch im Zusammenhang mit der Frage, ob nicht im Hinblick auf den Zweck der Mitbestimmung zumindest eine Analogie geboten sei, um die Errichtung eines Konzernbetriebsrats bei ausländischer Konzernleitung zu ermöglichen. Von anderer Seite wird dem BAG daher nicht ganz zu Unrecht entgegengehalten, dass die Konzernleitung bei richtiger Rechtsanwendung gänzlich mitbestimmungsfrei agieren könne.⁵⁰ Die Ersatzzuständigkeit des Konzernbetriebsrats für Unternehmen ohne Gesamtbetriebsrat (§ 58 Abs. 1 Satz 1 2. Halbs. BetrVG) vermag dieser Ansatz ohnehin nicht zu überspielen,⁵¹ wenn das BAG

⁴⁵ *Linsenmaier*, FS 100 Jahre Betriebsverfassungsrecht, S. 409, 421, zugleich *Fitting*, § 54 Rn. 34h: „perplex“. Davon geht auch *Salamon*, NZA 2019, 283, 286, aus, um ein Recht der Arbeitgeber auf mitbestimmungsfreie Entscheidungen zu begründen.

⁴⁶ *M. Schmidt*, NZA 2020, 492, 494.

⁴⁷ BAG 27.10.2010 – 7 ABR 85/09, AP Nr. 14 zu § 54 BetrVG 1972.

⁴⁸ So aber *Wollwert*, S. 148.

⁴⁹ BAG 23.5.2018 – 7 ABR 60/16, AP Nr. 19 zu § 54 BetrVG 1972, Rn. 26; zust. GK-Franzen, § 54 Rn. 47; Hako-BetrVG-Schulze, § 54 Rn. 24.

⁵⁰ *Salamon*, NZA 2019, 283, 286; i.E. ebenso *Kort*, NZA 2009, 464, 465.

⁵¹ *Deinert*, FS Marhold, 2020, S. 457, 468.

nicht davon ausgeht, dass ein anderer Gesamtbetriebsrat (welcher? oder: alle zusammen?) dann ebenfalls als Ersatz-Konzernbetriebsrat zuständig wird.

2. Praktische Probleme

Ungeachtet der Problematik, dass nationale Gesamtbetriebsräte bei ausländischer Konzernspitze keine einheitliche Interessenvertretung haben, fehlt ihnen auch häufig ein sprechfähiges Gegenüber. Der Gesamtbetriebsrat wird auf Unternehmensebene errichtet. Sein Sozialpartner ist der Unternehmer, das Rechtssubjekt, das die Unternehmung trägt. In dem Zusammenhang wird von Arbeitnehmervertretern beklagt, dass deutsche Unternehmen bei ausländischer Konzernspitze, insbesondere bei Einbindung in US-amerikanische Konzerne, oftmals nicht in das Management eingebunden sind. Die organschaftlichen Vertreter dieser Unternehmen ziehen sich auf von ihnen nicht beeinflussbare Konzernvorgaben zurück und beantworten Unterrichtsansfragen häufig damit, dass ihnen ihrerseits die Informationen fehlten, weil sie selber nicht hinreichend unterrichtet worden seien. Das Problem kann sich potenzieren bei sich schnell verändernden Konzernstrukturen, bei denen die Entscheidungsketten häufig nicht nachvollziehbar sind.

Immerhin lassen sich Informationen regelmäßig besser über Europäische Betriebsräte, soweit solche existieren, gewinnen. Unterrichtsrechte eines Europäischen Betriebsrats ergeben sich aus einer sogenannten EBR-Vereinbarung i.S.d. Art. 4ff., 6 der EBR-Richtlinie⁵² (im deutschen Recht umgesetzt in §§ 18, 19 EBRG) oder aus den subsidiären nationalen Vorschriften des Anhangs zur Richtlinie (im deutschen Recht umgesetzt in §§ 29, 30 EBRG). Die Unterrichtsrechte richten sich gegen die zentrale Leitung oder die Leitung einer Ersatzspitze im Sinne des Art. 4 Abs. 2, 4 der Richtlinie. Informationen können auf diese Weise beansprucht werden und durch Unterrichtung der örtlichen Arbeitnehmervertreter (vgl. § 36 EBRG) entsprechend weitergegeben werden. Anders als für Gesamtbetriebsräte nach deutschem Recht ist die zentrale Leitung oder die Leitung der Ersatzspitze auch sprechfähig. Aus der Praxis wird dementsprechend auch berichtet, dass Entscheidungsträger einer außereuropäischen Spitze regelmäßig zu den Sitzungen des Europäischen Betriebsrats anreisen.

⁵² Richtlinie 2009/38/EG des Europäischen Parlaments und des Rates v. 6.5.2009 über die Einsetzung eines Europäischen Betriebsrats oder die Schaffung eines Verfahrens zur Unterrichtung und Anhörung der Arbeitnehmer in gemeinschaftsweit operierenden Unternehmen und Unternehmensgruppen, ABl. L 122/28.

Oftmals werden die konzernangehörigen Unternehmen ein Interesse an einheitlichen Regelungen bestimmter Angelegenheiten haben. Gesichert ist dies aber nicht. Insoweit besteht auch die Gefahr, dass die uneinheitliche Interessenvertretung für die Belegschaften zu unterschiedlichen Regelungen führt. Diese Gefahr kann sich im Übrigen auch dadurch verwirklichen, dass es in den Konzernunternehmen unterschiedlich starke Gesamtbetriebsräte gibt.

Die bisherige Handhabung des Territorialitätsprinzips führt im Übrigen dazu, dass die Verlegung der Konzernspitze ins Ausland zur Beendigung des Konzernbetriebsrats führt. Denn dessen Amt endet mit dem Fortfall seiner Errichtungsvoraussetzungen.⁵³ Damit erweist sich das Territorialitätsprinzip zugleich als ein Mittel zur partiellen Flucht aus der betrieblichen Mitbestimmung.⁵⁴ Von anderen wird das Ergebnis gefeiert, denn es eröffne Gestaltungsspielräume.⁵⁵

Anders stellt sich die Lage im umgekehrten Fall einer Konzernleitung im Inland dar. Für die inländischen Betriebe ist eine einheitliche Interessenvertretung über den Konzernbetriebsrat gewährleistet. In solchen Konstellationen wird oft beklagt, dass Entscheidungsstrukturen verschleiert würden und auch Beteiligungen im In- und Ausland mitunter nur schwer nachvollziehbar seien. Dies lässt sich freilich nicht auf das Territorialitätsprinzip zurückführen, sondern betrifft ein grundsätzliches praktisches Problem bei Konzernsachverhalten.

Bei dieser Konstellation bleibt die Erkenntnis, dass Belegschaften in Auslandsbetrieben nicht nach dem BetrVG vertreten sind, und zwar auch nicht über den Konzernbetriebsrat. Eine deutsche zentrale Leitung ist freilich zur Unterrichtung und Anhörung eines Europäischen Betriebsrats verpflichtet (vgl. §§ 29, 30 EBRG für den Fall eines Europäischen Betriebsrats kraft Gesetzes), was dann die Grundlage von Informationen der Interessenvertretungen im Ausland sein kann.

⁵³ BAG 23.8.2006 – 7 ABR 51/05, AP Nr. 12 zu § 54 BetrVG, Rn. 47.

⁵⁴ DKW-Wenckebach, Vor § 54 Rn. 23.

⁵⁵ Schmid/Martin, AuA 2016, 599, 603.

III. Die Antworten der Praxis

Dass die territoriale Begrenztheit der Betriebsverfassung ein praktisches Problem darstellt, zeigen letztlich auch verschiedene Modelle in der Praxis, um damit umzugehen. Dies betrifft namentlich die Problematik des Informationsaustausches sowie das Fehlen eines Betriebsverfassungsorgans auf Konzernebene zumindest im Inland. Auch bei zentraler Unternehmensleitung im Ausland, insbesondere im Nicht-EU/-EWR-Ausland, vermögen Europäische Betriebsräte die Rolle von Konzernbetriebsräten nicht zu ersetzen, weil sie nicht die Mitbestimmungsrechte haben, die Konzernbetriebsräte nach dem BetrVG ausüben können.

In der Praxis gibt es EBR-Vereinbarungen, die den Delegierten aus den einzelnen Mitgliedstaaten die Möglichkeit verschaffen, sich zu treffen und zu beraten. Diese Gremien (nationale Ausschüsse) sind freilich keine mitbestimmungsberechtigten Betriebsverfassungsorgane. Immerhin dokumentiert eine solche Praxis den Koordinierungsbedarf auf nationaler Ebene, wie etwa bei der Airbus SE. Gerade in Ländern, in denen es keine Gesamtbetriebsräte oder Konzernbetriebsräte gibt, ist dies ein wichtiges Instrument. Ob sich die Koordination tatsächlich auch immer einstellt, ist damit aber noch nicht gesagt. Solche Treffen finden teilweise mit dem nationalen Management statt, etwa bei BASF, teils ohne, so etwa bei der Freudenberg SE. Teils ist auch vorgesehen, dass Gremien für Berichterstattung und Erfahrungsaustausch mit den nationalen Arbeitnehmervertretungen errichtet werden, so z.B. bei HeidelbergCement.

Allerdings ist zu konstatieren, dass solche Lösungen nur in dem Rahmen überhaupt denkbar sind, in dem es Europäische Betriebsräte gibt. Deren Aktionsradius ist freilich in den allermeisten Fällen auf die Mitgliedstaaten begrenzt, wenngleich durch freiwillige Vereinbarungen auch Arbeitnehmer in Drittstaaten einbezogen werden können. Letzteres ist weitgehend die Ausnahme, dürfte allerdings bei Brexit-betroffenen Konzernen an Bedeutung zunehmen. Insgesamt gibt es überhaupt nur knapp 1.200 Europäische Betriebsräte bzw. alternative Anhörungsverfahren, SE-Betriebsräte und SCE-Betriebsräte, von denen allerdings allein 274 bei Unternehmensgruppen mit deutscher Muttergesell-

schaft errichtet sind.⁵⁶ Deutlich weitergehende Lösungen sind denkbar durch Strukturtarifverträge nach § 3 BetrVG. So wurde etwa bei Airbus, wo angesichts der Konzernleitung im Ausland die Errichtung eines Konzernbetriebsrats nach § 54 BetrVG nicht möglich ist, für die inländischen Töchter ein Konzernbetriebsrat errichtet, der auch Mitglieder in den Europäischen Betriebsrat entsendet. In ähnlicher Weise wurde im Novartis-Konzern ein Konzernbetriebsrat unabhängig von einer Teilkonzernspitze für die deutschen Konzernunternehmen durch Strukturtarifvertrag installiert. Auch bei der Dentsply Sirona-Gruppe wurde ein Konzernbetriebsrat für die Arbeitnehmervertretung der deutschen Unternehmen durch Tarifvertrag installiert und dadurch zugleich die Klärung der Frage, ob es sich um einen Unterordnungskonzern im Sinne der §§ 54 BetrVG, 18 Abs. 1 Akt handelt, entbehrlich gemacht.

Demgegenüber wurde beim Papierhersteller-Konzern UPM ein gemeinsamer Gesamtbetriebsrat für die deutschen Unternehmen durch Strukturtarifvertrag errichtet, der einen eventuellen Konzernbetriebsrat sowie Gesamtbetriebsräte bei den Einzelunternehmen ersetzt.

Freilich sind die Optionen zur Errichtung abweichender Strukturen durch Tarifvertrag nach § 3 Abs. 1 BetrVG tatbestandlich begrenzt. Prinzipiell besteht aber die Möglichkeit, dass tarifvertraglich ein entsprechender Konzernbetriebsrat als andere Arbeitnehmervertretungsstruktur im Sinne des § 3 Abs. 1 Nr. 3 BetrVG errichtet werden kann.⁵⁷ Wie so oft wird allerdings auch in diesem Zusammenhang behauptet, dass ein entsprechender Tarifvertrag nicht erstreikt werden könne.⁵⁸ Indes bleibt festzuhalten, dass es sich – wie auch sonst bei Tarifverträgen nach § 3 BetrVG – um eine betriebsverfassungsrechtliche Frage handelt, die in die Tariftmacht der Tarifvertragsparteien fällt⁵⁹ und daher auch einem Tarifabschluss nach vorausgegangenem Streik nicht entgegensteht.⁶⁰ Vielmehr ist im umgekehrten Sinne der Streik erforderlich, um die notwendige Verhandlungspartität herzustellen. Durchgreifende Argumente dagegen sind nicht erkennbar. Insbesondere vermag eine notwendige Rechtskontrolle durch die Gerichte die Arbeitskämpfungsmöglichkeit als notwendige Bedingung der Verhandlungspartität nicht zu kompensieren.⁶¹ Auch ist es überhaupt kein Argu-

⁵⁶ Daten bei www.ewcdb.eu/stats-and-graphs (zuletzt aufgerufen am 3.10.2020).

⁵⁷ Wollwert, S. 199ff.

⁵⁸ Wollwert, S. 207ff.

⁵⁹ A.A. K. Schmidt, FS 100 Jahre Betriebsverfassungsrecht, 2020, S. 693, 696ff.

⁶⁰ BAG 29.7.2009 – 7 ABR 27/08, AP Nr. 7 zu § 3 BetrVG 1972; Däubler, AuR 2001, 285, 288.

⁶¹ So aber Reichhold, NZA 2001, 857, 859.

ment, dass der Gesetzgeber nicht explizit eine Arbeitskampfbefugnis geschaffen hat.⁶² Diese folgt grundsätzlich aus Art. 9 Abs. 3 GG. Gänzlich neben der Sache liegt die Erwägung, den Vertragsparteien solle nur eine Möglichkeit eingeräumt werden, aber keine Verpflichtung.⁶³ Arbeitskampfmöglichkeit und Einigungszwang sind zwei grundsätzlich unterschiedliche Dinge. Ob es schließlich Sinn macht, einen Arbeitskampf um einen solchen Strukturtarifvertrag zu führen, mag getrost den Tarifparteien überlassen bleiben. Ob sich Belegschaften dafür mobilisieren lassen, bleibt ebenfalls abzuwarten, beeinflusst die rechtliche Lage aber nicht.

Überdies ist es möglich, dass im Falle einer deutschen Konzernmutter Tarifverträge deutschen Rechts für Auslandsarbeit vereinbart und dadurch die Regeln des BetrVG zur Anwendung gebracht werden.⁶⁴ Auf diese Weise kann beispielsweise erreicht werden, dass ein Betriebsrat des Auslandsbetriebes Mitglieder in den Konzernbetriebsrat im Inland entsendet.⁶⁵

Diese Praxisbeispiele zeigen, dass ein Koordinierungsbedarf auf unternehmensübergreifender Ebene besteht, und zwar nicht allein als Informationsaustausch auf internationaler Ebene, wie er durch den Europäischen Betriebsrat ja bereits gewährleistet ist, sondern auch auf nationaler Ebene. Die Prämisse, dass die Gesamtbetriebsräte an die Stelle eines Konzernbetriebsrats treten könnte, überzeugt nicht. Denn ein entsprechender Austausch kann zwar noch zu den Aufgaben des Gesamtbetriebsrats gerechnet werden.⁶⁶ Die Gesamtbetriebsräte sind aber für Angelegenheiten, die unternehmensübergreifend auftreten und von diesen nicht geregelt werden können, gar nicht zuständig. Auch lässt sich eine einheitliche Vertretung der Arbeitnehmerinteressen auf diesem Wege nicht bewerkstelligen. Eben dies aber ist der Sinn der Einrichtung des Konzernbetriebsrats durch den Gesetzgeber und entspricht auch einem praktischen Bedürfnis.

Dass die Praxis sich mit solchen Notlösungen behilft, belegt nicht, dass ein gesetzlicher Konzernbetriebsrat in solchen Fällen entbehrlich wäre, sondern zeigt im Gegenteil, dass die Lösung der herrschenden Meinung einer Überprüfung

⁶² So GK-Franzen, § 3 Rn. 33.

⁶³ So Wollwert, S. 212.

⁶⁴ Näher Franzen, AR-Blattei SD 920 Rn. 236ff.; Däubler, Betriebsverfassung in globalisierter Wirtschaft, S. 28f., 61; a.A. Fitting, § 1 Rn. 22.

⁶⁵ Junker, Internationales Arbeitsrecht im Konzern, S. 463f.; DKW-Däubler, Einleitung Rn. 245; Deinert, Internationales Arbeitsrecht, § 17 Rn. 15; vgl. auch MünchArbR-Boemke, § 284 Rn. 26.

⁶⁶ Vgl. etwa allg. DKW-Deinert, § 53 Rn. 1.

zugeführt werden sollte, wenn das System bei Fällen mit Auslandsberührung versagt. Außerdem haben sich andere strukturelle und praktische Probleme, die aus dem Territorialitätsprinzip erwachsen, gezeigt (s.o. 1.), auf die die Praxis bislang überhaupt gar keine Antwort zu haben scheint. Insgesamt verbleiben Lücken, die eine effektive Interessenvertretung nicht erlauben.

IV. Die Kollisionsnorm für das Betriebsverfassungsrecht

1. Fehlen einer geschriebenen Kollisionsnorm

Damit ist die Frage nach einer Kollisionsnorm für das Betriebsverfassungsrecht aufgeworfen. Das Kollisionsrecht verweist bei Fällen mit Auslandsberührung auf die Rechtsordnung, nach der der Sachverhalt rechtlich zu behandeln ist. Die Kollisionsnorm ist das Gesetz, das auf die anwendbare Rechtsordnung verweist. Sie bezeichnet, welches materielle Recht anzuwenden ist. Deswegen spricht man auch von Anknüpfungs- oder Verweisungsnormen.⁶⁷ Dabei hat jedes Land grundsätzlich ein eigenes Kollisionsrecht. Gerichte wenden das jeweilige Kollisionsrecht am Gerichtsort, die *lex fori*, an.⁶⁸ In Europa ist das Kollisionsrecht allerdings teilweise vereinheitlicht. So regelt die Rom I-Verordnung⁶⁹ die Kollisionsnormen für das auf vertragliche Schuldverhältnisse anwendbare Recht, die Rom II-Verordnung⁷⁰ enthält Kollisionsnormen für das auf außervertragliche Schuldverhältnisse anwendbare Recht. Die nicht europäisch vereinheitlichten Bereiche des Kollisionsrechts sind im EGBGB in dessen Art. 3ff. geregelt.

Das durch die Kollisionsnorm berufene materielle Recht wird als Sachrecht bezeichnet.⁷¹ Wenn eine einschlägige Kollisionsnorm für die Betriebsverfassung also etwa auf das deutsche Recht weist, sind die betriebsverfassungsrechtlichen Normen des deutschen Rechts das kollisionsrechtlich berufene Sachrecht.

Das Kollisionsrecht der Betriebsverfassung ist nicht europäisch vereinheitlicht. Es fehlt allerdings auch an einer gesetzlichen Regelung dieses Kollisionsrechts im deutschen Recht, sieht man von den speziellen Regelungen der §§ 114ff.

⁶⁷ Kropholler, Internationales Privatrecht, S. 103.

⁶⁸ Deinert, Internationales Arbeitsrecht, § 1 Rn. 4; § 18 Rn. 13.

⁶⁹ Verordnung (EG) Nr. 593/2008 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 17.6.2008 über das auf vertragliche Schuldverhältnisse anzuwendende Recht (Rom I), ABl. Nr. L 177/6.

⁷⁰ Verordnung (EG) Nr. 864/2007 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 11.7.2007 über das auf außervertragliche Schuldverhältnisse anwendbare Recht („Rom II“), ABl. Nr. L 199/40.

⁷¹ Kropholler, Internationales Privatrecht, S. 103.

BetrVG für See- und Luftfahrt ab (dies sind im Sachrecht versteckte Kollisionsnormen). Es ist daher Aufgabe der Rechtsprechung und der Wissenschaft, eine Kollisionsnorm für die Betriebsverfassung herauszubilden.

2. Suche nach einer allseitigen Kollisionsnorm

Gerichte müssen einen an sie herangetragenen Rechtsstreit entscheiden. Es gilt das Verbot der Rechtsverweigerung.⁷² Dies erfordert Konsequenzen für das Kollisionsrecht. Es ist nämlich ein Unterschied, ob man es mit einer öffentlich-rechtlichen Problematik oder einer privatrechtlichen zu tun hat.

Verwaltungsbehörden können immer nur ihr eigenes Recht anwenden.⁷³ Sie stellen sich die Frage, ob dieses Recht anwendbar ist.⁷⁴ Wenn ein Däne in Flensburg eine bestimmte Gewerbeerlaubnis für ein stehendes Gewerbe in Padborg beantragt, muss sich die Behörde die Frage stellen, ob die GewO anwendbar ist. Wenn dies nicht der Fall ist, kann sie sie nicht erteilen. Die Behörde kann auch nicht etwa eine Erlaubnis nach dänischem Recht erteilen. Denn deutsche Behörden wenden nur deutsches Recht an. In anderen Ländern ist es nicht anders. Es handelt sich immer um eine einseitige Anknüpfung.⁷⁵

Dieser Weg ist für Gerichte, die im Rahmen ihrer Zuständigkeit privatrechtliche Streitigkeiten entscheiden müssen, versperrt. Das Gericht muss den Streit entscheiden. Wenn keine deutsche Rechtsnorm anwendbar ist, muss es ermitteln, welche Rechtsnorm welchen anderen Rechts anwendbar ist, um den Rechtsstreit nach dieser Norm zu entscheiden. Aus diesem Grund sind die Kollisionsnormen des Internationalen Privatrechts allseitiger Natur.

Die Frage geht nicht von der Rechtsnorm aus. Sie lautet nicht, ob die Norm auf den Sachverhalt anzuwenden ist, um im Fall eines „Neins“ auf jede Rechtsanwendung zu verzichten. Die Frage geht vielmehr vom Sachverhalt aus.⁷⁶ Sie lautet, welche von mehreren in Betracht kommenden Rechtsnormen Anwendung verlangt.⁷⁷ Die Kollisionsnormen für öffentlich-rechtliche Bestimmungen sind hingegen einseitige Kollisionsnormen, die nur fragen, ob eine bestimmte

⁷² *Papier*, in: Isensee/Kirchhof, Handbuch des Staatsrechts, § 176 Rn. 19.

⁷³ Vgl. *Gamillscheg*, Internationales Arbeitsrecht, S. 187ff.; *ders.*, AcP 155 (1955), 49, 54.
⁷⁴ *Junker*, Internationales Arbeitsrecht im Konzern, S. 123ff.

⁷⁵ *Deinert*, Beschäftigung ausländischer Arbeitnehmer in Inlandsbetrieben, S. 14f.

⁷⁶ Instrukтив *Kropholler*, Internationales Privatrecht, S. 13f.

⁷⁷ *Deinert*, Internationales Arbeitsrecht, § 1 Rn. 33.

Regelung Anwendung findet. Freilich bringt gerade das Arbeitsrecht mit seiner Gemengelage von öffentlichem und privatem Arbeitsrecht das spezifische Problem mit sich, dass eine einseitige Kollisionsnorm für öffentlich-rechtliches Arbeitsrecht hinsichtlich der privatrechtlichen Wirkungen nicht genügen kann.⁷⁸ Dies verlangt die Suche nach allseitigen Kollisionsnormen auch hinsichtlich des privatrechtlichen Kerns öffentlich-rechtlichen Arbeitsrechts.⁷⁹ Doch um dieses Problem geht es vorliegend nicht.

Für die Betriebsverfassung jedenfalls bleibt es Aufgabe, eine allseitige Kollisionsnorm herauszuarbeiten.⁸⁰

3. Maßgebliche Anknüpfungsnorm

Auf der Suche nach einer passenden Kollisionsnorm kommt selbstverständlich das von der herrschenden Meinung favorisierte Territorialitätsprinzip in Betracht. Doch fragt sich, ob es möglicherweise noch andere Anknüpfungsregeln gibt.

a) Arbeitsvertragsakzessorietät

In diesem Sinne hat *Gamillscheg* vorgeschlagen, die Betriebsverfassung vertragsakzessorisch anzuknüpfen.⁸¹ Er sieht dies einerseits durch ein praktisches Bedürfnis motiviert, um Gruppen von Arbeitnehmern, die im Ausland tätig werden, durch das heimische Betriebsverfassungsrecht zu erfassen. Zum anderen sieht er den Arbeitsvertragsbezug in der durch die Betriebsverfassung herbeigeführten Einschränkung des Weisungsrechts des Arbeitgebers. *Fischer* unterstützt dies unter Hinweis darauf, dass die Betriebsverfassung eine Hilfsfunktion bei der Realisierung des Arbeitsverhältnisses habe.⁸² *Gamillscheg* stellt dazu klar, dass nicht der einzelne Arbeitnehmer Träger der Betriebsverfassung sei, so dass nicht zu fordern sei, dass es auf jeden Arbeitnehmer ankomme. Vielmehr genüge es, wenn die Belegschaft überwiegend unter einem bestimmten Arbeitsver-

⁷⁸ Grundlegend *Gamillscheg*, Internationales Arbeitsrecht, S. 189ff.

⁷⁹ Vgl. *Deinert*, in: *Deinert* (Hrsg.), Internationales Recht im Wandel, S. 95, 100ff.

⁸⁰ *Gamillscheg*, Internationales Arbeitsrecht, S. 368; *Däubler*, Betriebsverfassung in globalisierter Wirtschaft, S. 24f.

⁸¹ *Gamillscheg*, Internationales Arbeitsrecht, S. 370ff.; *ders.*, Kollektives Arbeitsrecht II, S. 202ff.

⁸² *Fischer*, RdA 2002, 160, 163ff.

tragsstatut arbeite. Dann unterliege der Betrieb zur Gänze dem ermittelten Arbeitsvertragsstatut, und zwar auch hinsichtlich der Arbeitnehmer, die unter einem anderen Vertragsstatut arbeiten.⁸³ Aus diesem Grund ist der Einwand des BAG, dass nicht sämtliche Arbeitsverträge demselben Vertragsstatut unterliegen müssten,⁸⁴ kurzschlüssig.

Die arbeitsvertragsakzessorische Anknüpfung überzeugt jedoch aus anderem Grund nicht.⁸⁵ Denn sie ist sachlich nicht passend. Betriebsverfassung ist mehr als die Einschränkung von Weisungsrechten. Betriebsverfassung ist Information und Konsultation, aber auch Organisationsrecht. Vor allem betrifft sie die kollektive Interessenvertretung und nicht die Interessenvertretung für jeden Einzelnen. Aus diesem Grund ist auch das Argument einer Hilfsfunktion bei der Realisierung des Arbeitsverhältnisses letztlich nicht vollständig überzeugend. Die Arbeitnehmer werden durch die Betriebsverfassung als Teil einer Belegschaft erfasst, Betriebsverfassung ist daher mehr als die Summe der Einzelarbeitsverhältnisse im Betrieb.⁸⁶ Das praktische Bedürfnis, auch Auslandsarbeit in die Betriebsverfassung einzubeziehen, ist angesichts der Ausführungen oben (II. und III.) zwar nicht von der Hand zu weisen. Doch stellt sich die Frage, ob es nicht bessere Möglichkeiten gibt, diesen Bedürfnissen Rechnung zu tragen. Denn nicht in allen Fällen von Auslandsbeschäftigung liegt der interessenvertretungsrechtliche Schwerpunkt im Inland. Diesem Aspekt trägt die Vorstellung der herrschenden Meinung von der nur ausnahmsweisen Ausstrahlung ja durchaus Rechnung.

b) Territorialität

Doch ist deswegen das Territorialitätsprinzip die richtige Antwort? Die Frage stellen, heißt sie verneinen.⁸⁷ Das Betriebsverfassungsrecht wurde historisch im Hinblick auf das früher herrschende Verständnis von einer öffentlich-recht-

⁸³ Gamillscheg, Internationales Arbeitsrecht, S. 371.

⁸⁴ BAG 9.11.1977 – 5 AZR 132/76, AP Nr. 13 zu Internationales Privatrecht Arbeitsrecht; BAG 25.4.1978 – 6 ABR 2/77, AP Nr. 16 zu Internationales Privatrecht Arbeitsrecht.

⁸⁵ Zum Folgenden *Deinert*, Internationales Arbeitsrecht, § 17 Rn. 17; vgl. auch *Däubler*, Betriebsverfassung in globalisierter Wirtschaft, S. 19.

⁸⁶ *Däubler*, Betriebsverfassung in globalisierter Wirtschaft, S. 19.

⁸⁷ Ebenso *Junker*, Internationales Arbeitsrecht im Konzern, S. 367ff.

lichen Qualifikation einseitig nach dem Territorialitätsprinzip angeknüpft.⁸⁸ Von diesem Verständnis ausgehend wäre das Territorialitätsprinzip stichhaltig.⁸⁹ Die öffentlich-rechtliche Qualifikation ist aber seit langem überwunden.⁹⁰ Das Betriebsverfassungsrecht regelt die Rechte und Pflichten von Bürgern im Verhältnis untereinander und ist privatrechtlich zu qualifizieren.⁹¹ Es wird auch nicht von Behörden, sondern von Bürgern mit Hilfe der Gerichte durchgesetzt. Letztlich versäumt die herrschende Meinung die Suche nach einer Kollisionsnorm. Dass der Geltungsbereich des BetrVG räumlich das Bundesgebiet erfasst, besagt letztlich nichts anderes, als dass das Gesetz Teil der deutschen Rechtsordnung ist, bleibt aber eine Antwort auf die Frage schuldig, ob es auch bei Sachverhalten mit Auslandsberührung anwendbar ist.⁹² Die normbezogene Fragestellung ist für die kollisionsrechtliche Behandlung des Sachverhalts unzureichend.

Die privatrechtliche Qualifizierung schließt die Anknüpfung nach dem Territorialitätsprinzip allerdings nicht grundsätzlich aus.⁹³ Dennoch ist die Herangehensweise der h. M. verfehlt. Sie fragt wie eine Verwaltungsbehörde nach dem Anwendungsbereich eines deutschen Gesetzes und wird damit der Aufgabenstellung des modernen IPR nicht gerecht⁹⁴. Auch im Privatrecht kommen allerdings einseitige Anknüpfungen in Betracht. Doch können sie immer nur ein bestimmtes Gesetz betreffen und sagen nichts darüber, welche Rechtsnormen im Übrigen auf einen Sachverhalt anwendbar sind, wenn die einseitige Kollisionsnorm das betreffende Gesetz nicht zur Anwendung beruft. Von daher müssen gegebenenfalls auch einseitige Kollisionsnormen zu allseitigen ausgebaut werden. Es stellt sich aber schon die Frage, warum überhaupt eine einseitige Kollisionsnorm für das BetrVG maßgeblich sein soll. Dies wird mit der engen Verflechtung der Betriebsverfassung mit der Wirtschaftsordnung eines Landes

⁸⁸ RAG 1.4.1931 – RAG. 7/31, RAGE 12, 111; RAG 4.11.1933 – RAG. 182/33, RAGE 19, 135; der Sache nach bereits RAG 6.12.1930 – RAG. BR. 38/30, RAGE 11, 145. Ausf. zur historischen Entwicklung *Schlüpers-Oehmen*, S. 17ff.

⁸⁹ *Gamillscheg*, Internationales Arbeitsrecht, S. 368; vgl. auch *DKW-Trümmer*, § 1 Rn. 28; krit. zur Rspr. daher auch *Reiter*, NZA 2004, 1246, 1250.

⁹⁰ Vgl. BVerfG 23.4.1986 – 2 BvR 487/80, AP Nr. 28 zu Art. 2 GG; *Gamillscheg*, Kollektives Arbeitsrecht II, S. 161f.; *ders.*, Internationales Arbeitsrecht, S. 368; ausführlich *Neumann-Duesberg*, Betriebsverfassungsrecht, S. 81ff.

⁹¹ So auch BAG 25.4.1978 – 6 ABR 2/77, AP Nr. 16 zu Internationales Privatrecht Arbeitsrecht.

⁹² *Christiansen*, S. 156.

⁹³ BAG 25.4.1978 – 6 ABR 2/77, AP Nr. 16 zu Internationales Privatrecht Arbeitsrecht; *Richardi-Richardi*, Einleitung Rn. 66.

⁹⁴ *Däubler*, Betriebsverfassung in globalisierter Wirtschaft, S. 25.

begründet.⁹⁵ Das ist aber alles andere als überzeugend. Denn diese Überlegung trifft für das gesamte Arbeitsrecht zu⁹⁶ und dennoch gibt es allseitige Kollisionsnormen, und zwar sogar für die Haftung für Arbeitskampfmaßnahmen (dazu Art. 9 Rom II-Verordnung). Ähnlich nichtssagend ist auch das Argument, dass es sich um „ein Stück der allgemeinen Lebensordnung, in der die Bürger der Bundesrepublik Deutschland leben“, handle.⁹⁷ Ganz davon abgesehen: Die Betriebsverfassung ordnet vor allem das Arbeitsleben und nicht das allgemeine Leben in der Gesellschaft. Auch stützt sich die Rechtsprechung auf einen Eingriff in die betriebsorganisatorischen Befugnisse des Arbeitgebers, die eine Beschränkung auf das deutsche Territorium erfordern soll.⁹⁸ Aber auch dies trifft letztlich für weite Teile des Arbeitsrechts zu, ohne dass diese deswegen einer allseitigen Anknüpfung nicht zugänglich wären. Anders gewendet: Warum soll die Organisation eines Betriebes im Ausland gefährdet sein, wenn der Arbeitgeber vor Erklärung einer Kündigung den Betriebsrat anhören muss?⁹⁹ Auch lässt sich das Territorialitätsprinzip nicht mit der Erwägung begründen, dass die Anwendung des Gesetzes auf Tatbestände im Ausland fremde Souveränitätsrechte verletze.¹⁰⁰ Denn der Betriebsrat wird nicht als Hoheitsorgan tätig.¹⁰¹ Wenn das BAG schließlich darauf verweist, dass der Gesetzgeber in §§ 114ff. BetrVG davon ausgehe, dass das BetrVG nur auf Betriebe im Inland anwendbar sei,¹⁰² so ist das kein Beleg. Wie noch zu zeigen sein wird, führt auch eine Lageortanknüpfung (dazu sogleich weiter unten) zur Anwendung des Gesetzes nur auf Inlandsbetriebe (vgl. auch u. V 3 b).

Freilich ließe sich die einseitige Kollisionsnorm, die dem Verständnis der Rechtsprechung zugrunde liegt, zu einer allseitigen ausbauen.¹⁰³ Ausgehend davon, dass eine derartige territoriale Beschränkung geboten wäre, ließe sich argumentieren, dass dasselbe für andere Betriebsverfassungsrechte gelten würde, so dass

⁹⁵ So BAG 25.4.1978 – 6 ABR 2/77, AP Nr. 16 zu Internationales Privatrecht Arbeitsrecht; BAG 27.5.1982 – 6 ABR 28/80, AP Nr. 3 zu § 42 BetrVG 1972.

⁹⁶ *Däubler*, Betriebsverfassung in globalisierter Wirtschaft, S. 25.

⁹⁷ BAG 25.4.1978 – 6 ABR 2/77, AP Nr. 16 zu Internationales Privatrecht Arbeitsrecht.

⁹⁸ BAG 25.4.1978 – 6 ABR 2/77, AP Nr. 16 zu Internationales Privatrecht Arbeitsrecht; BAG 30.4.1987 – 2 AZR 192/86, AP Nr. 15 zu § 12 SchwbG.

⁹⁹ *Gamillscheg*, Anm. zu BAG 30.4.1987 – 2 AZR 192/86, AP Nr. 15 zu § 12 SchwbG.

¹⁰⁰ *Agel-Pahlke*, S. 32ff.

¹⁰¹ *Beitzke*, Anm. zu BAG 27.5.1982 – 6 ABR 28/80, AP Nr. 3 zu § 42 BetrVG 1972; *Däubler*, Betriebsverfassung in globalisierter Wirtschaft, S. 51.

¹⁰² BAG 27.5.1982 – 6 ABR 28/80, AP Nr. 3 zu § 42 BetrVG 1972.

¹⁰³ *Deinert*, FS Marhold, 2020, S. 457, 460.

dementsprechend in jedem Staat das von diesem Staat erlassene Betriebsverfassungsrecht zur Anwendung berufen wäre.

Dagegen ist im Prinzip nichts einzuwenden, zumal die hier sogleich vorzuschlagende Lösung nicht weit davon entfernt liegt. Das Problem liegt freilich in der Herangehensweise. Das Territorialitätsprinzip folgt der Vorstellung, dass ein Gesetz nur im Inland gilt und daher nur auf Inlandssachverhalte Anwendung findet, so dass jede Anwendung auf Sachverhalte, die sich im Ausland abspielen, als Ausnahme begriffen werden muss. In diesem Sinne wird die Ausstrahlung ja tatsächlich als Durchbrechung des Territorialitätsprinzips begriffen. Käme man demgegenüber im Wege einer allseitigen Kollisionsnorm des internationalen Privatrechts zur Anwendung des BetrVG, dann wäre die Anwendung auch auf Auslandssachverhalte im Prinzip nichts Ungewöhnliches. Vielmehr würde sich die Frage stellen, warum das an sich zur Anwendung berufene Gesetz dann doch nicht zur Anwendung kommen soll. Letzteres wäre nur der Fall bei einer selbstbeschränkten Sachnorm: das kollisionsrechtlich zur Anwendung berufene Recht möchte selber im Hinblick auf die räumliche Lage des Sachverhalts nicht angewendet werden.¹⁰⁴ Hier spielt der Auslandssachverhalt aber nicht für die Anknüpfung, sondern erst auf der zweiten Stufe bei der Anwendung des berufenen Rechts eine Rolle. Anders gewendet: Die Lehre vom Territorialitätsprinzip versteht das BetrVG im Wesentlichen als eine Summe selbstbeschränkter Sachnormen.¹⁰⁵

Der Rechtsprechung kann es daher nicht gelingen, Kollisionsrecht von Sachrecht zu unterscheiden. Nicht nur, dass das Territorialitätsprinzip über die Anwendung des Betriebsverfassungsrechts entscheidet, letztlich werden vielmehr auch alle sachrechtlichen Fragen mit dem Territorialitätsprinzip im einschränkenden Sinne beantwortet, ohne dass diese Beschränkung sachrechtlich gerechtfertigt wäre. Das hätte das Gericht an sich erkennen müssen bei der Entscheidung zur Beschränkung des Gesetzes im Hinblick auf Seeschiffe unter der Bundesflagge in § 114 BetrVG.¹⁰⁶ Die Regelung geht erkennbar davon aus, dass der Betrieb weltweit vollzogen wird und dessen Anwendung auch auf ausländische Unternehmen nicht ausgeschlossen ist. Das zeigt gerade, dass das Gesetz auch

¹⁰⁴ *Junker*, Internationales Arbeitsrecht im Konzern, S. 130ff.; EuArbR-Krebbler, Art. 8 VO 593/2008/EG Rn. 48; *Deinert*, Internationales Arbeitsrecht, § 6 Rn. 11; für den Kündigungsschutz vgl. *Krebbler*, S. 150ff.

¹⁰⁵ Vgl. *Junker*, Internationales Arbeitsrecht im Konzern, S. 369ff.

¹⁰⁶ BAG 26.9.1978 – 1 AZR 480/76, AP Nr. 1 zu § 114 BetrVG 1972.

im Ausland zur Anwendung gelangen kann.¹⁰⁷ Hier hat man es dann in der Tat mit einer selbstbeschränkten Sachnorm zu tun.

c) Lageort

Die Suche nach der maßgeblichen Kollisionsnorm muss sich am kollisionsrechtlichen Ideal ausrichten: Angesichts der potentiellen Anwendbarkeit sämtlicher Rechtsordnungen geht es darum, im Hinblick auf das Rechtsverhältnis zu ermitteln, welches Recht auf den Sachverhalt am besten anzuwenden ist, wo das jeweilige Rechtsverhältnis also seinen Schwerpunkt hat.¹⁰⁸ Geboten ist daher eine Schwerpunktanknüpfung, die sich nach der engsten Verbindung richtet.¹⁰⁹ Maßgeblich ist damit die Lage des Betriebes.¹¹⁰ Die Verfasstheit eines Betriebes weist die engsten Verbindungen zu dem Staat auf, in dem der arbeitstechnische Zweck verfolgt wird und die Arbeitnehmer überwiegend tätig werden. Dies zeigt eine gewisse Ähnlichkeit zu der international-sachenrechtlichen Anknüpfung an den Belegenheitsort einer Sache (*lex rei sitae*, Art. 43 EGBGB).¹¹¹ Das mag in einem ersten Schritt genügen, solange sich der Schwerpunkt eines Betriebes räumlich durch das Tätigwerden der Arbeitnehmer problemlos lokalisieren lässt. Der Lageort muss aber nicht zwingend physisch bestimmt werden. Ein weiterer Vorzug der Schwerpunktanknüpfung liegt vielmehr darin, dass sie besser mit virtuellen Betrieben umzugehen in der Lage ist. Auch wenn das für diese Untersuchung keine besondere Rolle spielt, sei nur kurz darauf hingewiesen, dass bei einem Betrieb, dessen arbeitstechnische Vorgänge sich in mehreren Ländern vollziehen, sachgerechter ein Schwerpunkt gesucht werden kann als die bloße Abgrenzung der Betriebsverfassung nach den Landesgrenzen, etwa

¹⁰⁷ Beitzke, Anm. zu BAG 27.5.1982 – 6 ABR 28/80, AP Nr. 3 zu § 42 BetrVG 1972; Däubler, Betriebsverfassung in globalisierter Wirtschaft, S. 21.

¹⁰⁸ Vgl. Deinert, Internationales Arbeitsrecht, § 1 Rn. 20.

¹⁰⁹ Junker, Internationales Arbeitsrecht im Konzern, S. 375f.; Agel-Pahlke, S. 196; Däubler, Betriebsverfassung in globalisierter Wirtschaft, S. 25f.

¹¹⁰ Beitzke, DB 1958, 224, 225; Birk, *RebelsZ* 46 (1982), 384, 407; ders., FS Trinkner, S. 461, 465; Deinert, RdA 2009, 144; Däubler, Betriebsverfassung in globalisierter Wirtschaft, S. 25ff.; Junker, Internationales Arbeitsrecht im Konzern, S. 377ff.; Agel-Pahlke, S. 131ff.; Christiansen, S. 161f.; Franzen, AR-Blattei SD 920 Rn. 186, 188; GK-Franzen, § 1 Rn. 4; MünchKomm-Martiny, Art. 8 Rom I-VO Rn. 146; GK-Raab, § 7 Rn. 48; Richardi-Richardi, Einleitung Rn. 68, 74; MünchArbR-Boemke, § 284 Rn. 25; Deinert, Internationales Arbeitsrecht, § 17 Rn. 19; i.E. auch Schlüpers-Oehmen, S. 75ff.; widersprüchlich Stoffels/Lembke, Betriebsverfassungsrecht, § 3 Rn. 2 einerseits und Rn. 3 andererseits; weitergehend: Vorrang einer Rechtswahl Staudacher, S. 139ff.

¹¹¹ Däubler, Betriebsverfassung in globalisierter Wirtschaft, S. 26.

durch Anknüpfung an den Ort, an dem die Entscheidungen über den Einsatz der Arbeitskräfte sowie materieller und immaterieller Produktionsmittel getroffen werden.¹¹²

Das unterscheidet sich im ersten Zugriff nicht wesentlich vom Territorialitätsprinzip. Jedenfalls im Ergebnis bedeutet dies, dass die Verfassung eines Betriebes, der in Deutschland belegen ist, dem deutschen Betriebsverfassungsrecht folgt, während Betriebe, die im Ausland belegen sind, dem Betriebsverfassungsrecht am ausländischen Lageort unterliegen. Die Kollisionsnorm vermeidet aber eine Vermengung der Rechtsanwendungsfrage mit der nachgelagerten sachrechtlichen Frage hinsichtlich der Behandlung von Auslandssachverhalten. Zudem ist damit eine allseitige Kollisionsnorm gefunden, und nicht nur die Beantwortung der Frage erlaubt, wann das BetrVG anwendbar ist. Die bisherige Herangehensweise läuft auf Rechtsverweigerung hinaus: Die Rechtsprechung fragt nicht, wenn das BetrVG nicht anwendbar ist, ob möglicherweise ein anderes Recht anwendbar ist – so als gäbe es außer dem BetrVG nichts anderes.¹¹³

Aber auch zur vertragsakzessorischen Anknüpfung werden die Ergebnisse sich selten unterscheiden. Denn mangels Rechtswahl wird das Arbeitsverhältnis gemäß Art. 8 Abs. 2 Rom I-Verordnung an den gewöhnlichen Arbeitsort geknüpft, der wiederum zumindest für die meisten Arbeitnehmer regelmäßig der Betriebsort sein wird. Die Schwerpunktanknüpfung an den Lageort ermöglicht auch bei grenzüberschreitenden Sachverhalten eine sachgerechte Anknüpfung, und zwar besser als das Territorialitätsprinzip. Ohne dass der Betrieb willkürlich in verschiedene territoriale Teileinheiten aufgespalten werden müsste,¹¹⁴ kann der Schwerpunkt dort gesucht werden, wo die Mehrzahl der relevanten betrieblichen Abläufe erfolgen, was es erlaubt, insbesondere zu berücksichtigen, von welchem Ort aus arbeitstechnische Entscheidung getroffen und das Direktionsrecht ausgeübt wird.

¹¹² Deinert, FS Marhold, 2020, S. 457, 465.

¹¹³ Vgl. Deinert, FS Marhold, 2020, S. 457, 462f.

¹¹⁴ Vgl. Franzen, AR-Blattei SD 920 Rn. 245ff.

d) Eingriffsrecht?

Teils wird Betriebsverfassungsrecht auch als Eingriffsrecht angesehen.¹¹⁵ Eingriffsnormen schützen den positiven ordre public.¹¹⁶ Sie wollen im Hinblick auf das mit ihnen verfolgte öffentliche Interesse unmittelbar angewendet werden. Der Unterschied zum sogenannten negativen ordre public liegt darin, dass es weniger darum geht, ein mit öffentlichen Interessen unvereinbares Ergebnis der Rechtsanwendung abzuwenden, als vielmehr darum, eine bestimmte Norm anzuwenden. Die Lösung ist keineswegs inkompatibel mit der hier vorgeschlagenen.¹¹⁷ Freilich läuft dies wiederum auf eine einseitige Anknüpfung hinsichtlich des BetrVG hinaus. Das Verständnis als Eingriffsrecht macht mithin eine allseitige Kollisionsnorm nicht entbehrlich. Andererseits scheint es denkbar, dass das BetrVG sich bei inländischen Betrieben gegen ein fremdes Betriebsverfassungsstatut durchsetzt, soweit dieses zu widersprechenden Ergebnissen führen würde. Das ist vor allem in dem Fall denkbar, dass eine tarifvertraglich begründete Betriebsverfassung nach einem fremden Recht berufen ist (dazu sogleich). Freilich wurden bereits Zweifel angemeldet, ob das Betriebsverfassungsrecht wirklich als Eingriffsrecht anzusehen ist, wenn nicht in allen betriebsratsfähigen Betrieben Betriebsräte gewählt werden und der Staat diesen Zustand hinnimmt und auch keine Behörden zur Überwachung der Betriebsverfassung einrichtet.¹¹⁸

Soweit es nach dem berufenen Recht kein gesetzliches Betriebsverfassungsrecht gibt, bleibt immer noch die Frage, ob ein auf tarifvertraglicher Grundlage errichtetes Betriebsverfassungssystem zur Anwendung berufen sein kann. Dies richtet sich als tarifrechtliche Frage¹¹⁹ nach dem Tarifnormenstatut.¹²⁰ Zwingendes Betriebsverfassungsrecht am Lageort kann allerdings die Tariftmacht beschränken und als Eingriffsrecht wirken.¹²¹

¹¹⁵ DKW-Däubler, Einleitung Rn. 234; DKW-Trümmer, § 1 Rn. 24; Kraushaar, AiB 1989, 53, 55; der Sache nach wohl auch Schlüpers-Oehmen, S. 75ff.; zweifelnd Weber, IPRax 1988, 82, 83.

¹¹⁶ Deinert, Internationales Arbeitsrecht, § 5 Rn. 5.

¹¹⁷ Das gilt jedenfalls dann, wenn man richtiger Ansicht nach davon ausgeht, dass eine Eingriffsnorm zugleich einem Sachstatut angehören kann, vgl. Deinert, Internationales Arbeitsrecht, § 17 Rn. 21.

¹¹⁸ Gamillscheg, Kollektives Arbeitsrecht II, S. 200.

¹¹⁹ Beitzke, GS Dietz, 1973, S. 127, 143.

¹²⁰ Dazu Deinert, Internationales Arbeitsrecht, § 15 Rn. 36ff.

¹²¹ Franzen, AR-Blattei SD 920 Rn. 238.

Das Betriebsverfassungsstatut greift unabhängig vom Arbeitsvertragsstatut.¹²² Die Anwendung der Betriebsverfassung richtet sich nach dem durch die Lageortanknüpfung berufenen Recht, der *lex causae*. Arbeitnehmer, die von dem berufenen Betriebsverfassungsrecht erfasst werden, werden unabhängig von dem auf den Arbeitsvertrag anwendbaren Recht erfasst. Zwar hat die Rechtsprechung offengelassen, ob dies auch dann gilt, wenn sämtliche Arbeitsverträge einem fremden Vertragsstatut unterliegen.¹²³ Diese Frage ist aber zu bejahen.¹²⁴ Denn es gibt keinen Grund, warum für diesen Fall eine Ausnahme gelten sollte. Nur kurz sei darauf hingewiesen, dass die Bestimmung der Reichweite von Betriebsverfassungs- und Arbeitsvertragsstatut Schwierigkeiten bereiten kann, was gerade dann problematisch wird, wenn Betriebsverfassung und Arbeitsvertrag nicht demselben Recht unterliegen. Dabei unterliegen die Mitwirkungsrechte, auch soweit sie den einzelnen Arbeitnehmer betreffen, dem Betriebsverfassungsstatut; ob individualrechtliche Maßnahmen wirksam sind, richtet sich als selbstständig anzuknüpfende Vorfrage ebenfalls nach dem Betriebsverfassungsstatut.¹²⁵

e) Konsequenz

Der wesentliche Unterschied dieser konsequent kollisionsrechtlichen Anknüpfung zu der öffentlich-rechtlichem Denken verpflichteten Prüfung eines sachlichen und persönlichen Anwendungsbereichs des BetrVG durch die Rechtsprechung liegt darin, dass alle sich anschließenden Fragen hinsichtlich des Umgangs mit Auslandsberührungen rein sachrechtlicher Natur sind.¹²⁶ Ob einem Arbeitnehmer, der dauerhaft im Ausland arbeitet, nur nach Anhörung des Betriebsrats gekündigt werden kann, richtet sich im Falle eines inländischen Betriebes ebenso nach dem BetrVG wie die Frage, ob Abteilungsversammlungen im Ausland abgehalten werden können. Auch die Frage, ob ein Konzernbe-

¹²² BAG 9.11.1977 – 5 AZR 132/76, AP Nr. 13 zu Internationales Privatrecht Arbeitsrecht; BAG, AP Nr. 3 zu § 117 BetrVG 1972; *Birk*, FS Schnorr von Carolsfeld, 1972, S. 61, 69; *Deinert*, DB 2016, 349; *DKW-Däubler*, Einleitung Rn. 236; *WPK-Preis*, § 1 Rn. 10; *Richardi-Richardi*, Einleitung Rn. 68; *MünchArbR-Boemke*, § 284 Rn. 27.

¹²³ BAG 9.11.1977 – 5 AZR 132/76, AP Nr. 13 zu Internationales Privatrecht Arbeitsrecht.

¹²⁴ *DKW-Däubler*, Einleitung Rn. 236; *Deinert*, Beschäftigung ausländischer Arbeitnehmer in Inlandsbetrieben, S. 69.

¹²⁵ *Deinert*, Internationales Arbeitsrecht, § 17 Rn. 41f.

¹²⁶ Vgl. *Junker*, RIW 2001, 94, 105; *Deinert*, Internationales Arbeitsrecht, § 17 Rn. 31; vgl. auch *Boemke*, NZA 1992, 112, 113; a.A. *E. Lorenz*, Anm. zu BAG AP Nr. 27 zu Internationales Privatrecht Arbeitsrecht; *ders.*, FS W. Lorenz, 1991, S. 441, 448.

triebsrat errichtet werden kann und wer daran beteiligt ist, ist sachrechtlicher Natur. Diese Frage stellt sich im Prinzip nicht anders als bei rein innerstaatlichen Fällen¹²⁷ und setzt die Prüfung voraus, ob die geschriebenen und ungeschriebenen tatbestandlichen Voraussetzungen der jeweiligen Rechtsnorm gegeben sind.¹²⁸

¹²⁷ *Gaul*, BB 1990, 697, 699.

¹²⁸ *Reiff*, Anm. zu BAG SAE 1990, 248, 252.

V. Auslandsbeziehungen unter deutschem Betriebsverfassungsstatut

Wenn aufgrund der Lage des Betriebes im Inland das BetrVG zur Anwendung berufen ist, sind dessen Rechtsnormen anzuwenden. Damit ist die kollisionsrechtliche Ebene verlassen und es geht um die Anwendung des Sachrechts. Das gilt grundsätzlich auch, wenn gewisse Tatbestände im Ausland verwirklicht werden. So ist der Vorsitzende des Betriebsrats auch, wenn er eine Dienstreise ins Ausland macht, weiterhin Vorsitzender des Betriebsrats und vertritt diesen im Rahmen der gefassten Beschlüsse gemäß § 26 Abs. 2 BetrVG und verliert nicht etwa sein Amt infolge des Territorialitätsprinzips.¹²⁹ Er ist auch nicht per se verhindert. Vielmehr stellt sich allein die Frage, ob die Auslandsdienstreise ihn im Sinne der §§ 25 Abs. 1 Satz 2, 26 Abs. 2 Satz 1 BetrVG an der Ausübung seines Amtes hindert.¹³⁰ Ebenso kann selbst der ganze Betrieb im Ausland eingesetzt werden, ohne dass dies das Betriebsverfassungsstatut infrage stellt.¹³¹ Ein Wanderzirkus, der vorübergehend im Ausland tätig wird, wandert dadurch nicht aus dem BetrVG heraus.¹³² In eben dieser Weise sind aber auch die Ausstrahlungsfälle zu behandeln, auf die im Folgenden einzugehen ist.

Dabei ist keineswegs ausgeschlossen, dass ausländische Vorschriften mit international zwingender Wirkung Vorrang vor deutschem Betriebsverfassungsrecht beanspruchen.¹³³

In gleicher Weise ist es im Übrigen denkbar, dass ein fremdes Betriebsverfassungsstatut bei Verwirklichung von Sachverhalten im Inland zur Anwendung

¹²⁹ Vgl. *Gamillscheg*, Internationales Arbeitsrecht, S. 373; *Neumann-Duesberg*, Betriebsverfassungsrecht, S. 92; *Richardi-Richardi*, Einleitung Rn. 80.

¹³⁰ Vgl. *Deinert*, Internationales Arbeitsrecht, § 17 Rn. 32.

¹³¹ *Birk*, FS Schnorr von Carolsfeld, 1972, S. 61, 80; *Däubler*, Betriebsverfassung in globalisierter Wirtschaft, S. 46.

¹³² Vgl. *Deinert*, Internationales Arbeitsrecht, § 17 Rn. 38, auch zur Problematik dauerhafter Tätigkeit in verschiedenen Ländern; ebenso *Fitting*, § 1 Rn. 25; *Richardi-Richardi*, Einleitung Rn. 74; *Birk*, FS Schnorr von Carolsfeld, 1972, S. 61, 77f., 80; vgl. auch *Schlüppers-Oehmen*, S. 94.

¹³³ Vgl. für eine nach ausländischem Recht als öffentlich-rechtlich qualifizierte Betriebsverfassung *Gamillscheg*, Internationales Arbeitsrecht, S. 372.

kommt, beispielsweise wenn ein Auslandskorrespondent, der in Deutschland tätig ist, vom Betriebsverfassungsstatut in Bezug auf seinen Heimatsbetrieb erfasst wird. Dadurch strahlt gewissermaßen der Auslandsbetrieb ins Inland.¹³⁴

1. Ausstrahlungsfälle

Wurde erst einmal erkannt, dass nach der Anknüpfung nur noch materielle Fragen der *lex causae* zu klären sind, ist die Lösung der Ausstrahlungsfälle denkbar einfach: Die Frage der Anwendung einer betriebsverfassungsrechtlichen Norm in Bezug auf einen Arbeitnehmer ist prinzipiell nicht anders zu beantworten als bei reinen Inlandssachverhalten. Es handelt sich um eine ausschließlich sachrechtliche Frage.¹³⁵ Es geht dabei allein um die Betriebszugehörigkeit des Arbeitnehmers.¹³⁶ Die herrschende Meinung folgt insoweit der sogenannten Zwei-Komponenten-Lehre,¹³⁷ zu der die Rechtsprechung Ausnahmen beim drittbezogenen Personaleinsatz entwickelt hat.^{138,139} Im Grundsatz sind daher auch bei Auslandssachverhalten ein Arbeitsverhältnis zum Arbeitgeber und die Eingliederung in den Betrieb erforderlich.¹⁴⁰

Wenn die Eingliederung erhalten bleibt, hindert auch eine vorübergehende Entsendung in das Ausland nicht die Zugehörigkeit zum Betrieb und die Anwendung beispielsweise des § 102 BetrVG bei einer Kündigung.¹⁴¹ Aber auch im Falle einer dauerhaften Auslandsentsendung kann es zur Anwendung von Betriebsverfassungsnormen in Bezug auf den betreffenden Arbeitnehmer kom-

¹³⁴ *Gamillscheg*, Internationales Arbeitsrecht, S. 372; *ders.*, Kollektives Arbeitsrecht II, S. 201, 203.

¹³⁵ *Franzen*, AR-Blattei SD 920 Rn. 202; MünchKomm-Martiny, Art. 8 Rom I-VO Rn. 147; GK-Raab, § 7 Rn. 48; *Christiansen*, S. 156; *Reiff*, Anm. zu BAG 7.12.1989 – 2 AZR 228/89, SAE 1990, 248, 252; *Deinert*, Beschäftigung ausländischer Arbeitnehmer in Inlandsbetrieben, S. 70; *ders.*, FS Marhold, 2020, S. 457, 459; a.A., i.E. aber doch wie hier, *E. Lorenz*, FS W. Lorenz, S. 441, 448ff.

¹³⁶ *Franzen*, AR-Blattei SD 920 Rn. 203; GK-Franzen, § 1 Rn. 15; WPK-Preis, § 5 Rn. 15; GK-Raab, § 7 Rn. 48ff.; *Richardi-Richardi*, Einleitung Rn. 73ff.; *ErfK-Schlachter*, Rom I-VO Rn. 30; MünchArbR-Boemke, § 284 Rn. 30; *Däubler*, Betriebsverfassung in globalisierter Wirtschaft, S. 37; *Boemke*, NZA 1992, 112, 113; *Gaul*, BB 1990, 697, 699; *Christiansen*, S. 165ff.

¹³⁷ BAG 10.11.2004 – 7 ABR 12/04, AP Nr. 11 zu § 8 BetrVG 1972.

¹³⁸ BAG 13.3.2013 – 7 ABR 69/11, AP Nr. 15 zu § 9 BetrVG 1972.

¹³⁹ *Fitting*, § 1 Rn. 32.

¹⁴⁰ *Franzen*, AR-Blattei SD 920 Rn. 205; *Birk*, FS Molitor, 1988, S. 19, 32ff.

¹⁴¹ BAG 24.5.2018 – 2 AZR 54/18, AP Nr. 171 zu § 102 BetrVG 1972, Rn. 13; *ErfK-Koch*, § 1 BetrVG Rn. 4; *Seel*, MDR 2011, 5, 6.

men.¹⁴² In diesem Sinne hält das BAG es nicht für ausgeschlossen, dass eine sogenannte Ausstrahlung auch bei dauernder Auslandstätigkeit vorliegt. Letztlich kommt es allein darauf an, ob die Zuordnung zum Inlandsbetrieb aufrechterhalten bleibt.¹⁴³ Da am Ende allein entscheidend sein muss, ob der Arbeitnehmer in den betreffenden Betrieb eingegliedert ist, erübrigt sich die Frage eines notwendigen Inlandsbezugs, die die Rechtsprechung für die Ausstrahlung aufwirft. Von daher ist es ebenso unerheblich, ob es ein Rückrufrecht gibt,¹⁴⁴ wie die Frage der Direktionsrechtsausübung aus dem Inland.¹⁴⁵ Auch kann es nicht darauf ankommen, ob es zuvor einmal eine Inlandsbeschäftigung gegeben hat.¹⁴⁶ Überdies hindert auch eine gleichzeitige Eingliederung in einen ausländischen Betrieb, die namentlich bei Matrixstrukturen denkbar ist,¹⁴⁸ keineswegs die Anwendbarkeit des BetrVG.¹⁴⁹

In diesem Sinn kann beispielsweise ein Monteur, der dauerhaft Anlagen im Ausland betreut, in den Inlandsbetrieb eingegliedert sein, so dass er beispielsweise das aktive und passive Wahlrecht hat und in Bezug auf ihn die Mitwirkungsrechte bei personellen Einzelmaßnahmen eingreifen.¹⁵⁰ Wird er gleichzei-

¹⁴² BAG 7.12.1989 – 2 AZR 228/89, AP Nr. 27 zu Internationales Privatrecht Arbeitsrecht; *Boemke*, NZA 1992, 112, 115; *Gamillscheg*, Kollektives Arbeitsrecht II, S. 204; *Richardi-Richardi*, Einleitung Rn. 76f.; *DKW-Trümmer*, § 1 Rn. 25; für die Arbeitnehmerüberlassung auch BAG 22.3.2000 – 7 ABR 34/98, AP Nr. 8 zu § 14 AÜG; a.A. noch BAG 25.4.1978 – 6 ABR 2/77, AP Nr. 16 zu Internationales Privatrecht Arbeitsrecht.

¹⁴³ Vgl. *GK-Franzen*, § 1 Rn. 17.

¹⁴⁴ *Reiff*, Anm. zu BAG 7.12.1989 – 2 AZR 228/89, SAE 1990, 248, 255; a.A. BAG 7.12.1989 – 2 AZR 228/89, AP Nr. 27 zu Internationales Privatrecht Arbeitsrecht; BAG 20.2.2001 – 1 ABR 30/00, AP Nr. 23 zu § 101 BetrVG 1972; *Kölpin*, S. 121.

¹⁴⁵ So BAG 7.12.1989 – 2 AZR 228/89, AP Nr. 27 zu Internationales Privatrecht Arbeitsrecht; BAG 20.2.2001 – 1 ABR 30/00, AP Nr. 23 zu § 101 BetrVG 1972; *Sura*, RIW 2019, 126, 130.

¹⁴⁶ So BAG 24.5.2018 – 2 AZR 54/18, AP Nr. 171 zu § 102 BetrVG 1972.

¹⁴⁷ *GK-Raab*, § 7 Rn. 51.

¹⁴⁸ Vgl. *Witschen*, RdA 2016, 38, 45.

¹⁴⁹ BAG 25.4.1978 – 6 ABR 2/77, AP Nr. 16 zu Internationales Privatrecht Arbeitsrecht; wie hier auch *Franzen*, AR-Blattei SD 920 Rn. 204; *Kölpin*, S. 125; *Birk*, FS Molitor, 1988, S. 19, 38; *GK-Raab*, § 7 Rn. 50; *MünchArbR-Boemke*, § 284 Rn. 31f.; *Däubler*, Betriebsverfassung in globalisierter Wirtschaft, S. 39; *Sura*, RIW 2019, 126, 129; ferner *GK-Franzen*, § 1 Rn. 16, der allerdings im Zweifel eine Eingliederung in den Inlandsbetrieb verneint.

¹⁵⁰ Vgl. *Fitting*, § 1 Rn. 28f.; *HWK-Gaul*, Vorb.BetrVG Rn. 9; *ErfK-Koch*, § 1 BetrVG Rn. 4; *Stoffels/Lembke*, Betriebsverfassungsrecht, § 3 Rn. 6; *Sura*, RIW 2019, 126, 131.

tig durch eine Interessenvertretung im Ausland repräsentiert, steht dies nicht entgegen.¹⁵¹

Sogenannte Ortskräfte, die im Ausland engagiert werden, werden oftmals nicht in einen Inlandsbetrieb eingegliedert sein und damit nicht vom Betriebsverfassungsstatut erfasst.¹⁵² Möglicherweise werden sie in eine Betriebsverfassung nach einer fremden *lex causae* eingebunden sein. Allerdings können Ortskräfte auch dem Inlandsbetrieb angehören,¹⁵³ etwa wenn die Tätigkeit eines Außendienstmitarbeiters vom Inland organisiert und gesteuert wird.¹⁵⁴ Dann erstreckt sich das Betriebsverfassungsstatut auf diese Arbeitnehmer.¹⁵⁵ Dasselbe gilt im Falle der Arbeitnehmerüberlassung in das Ausland.¹⁵⁶

2. (Teil-) Betriebsversammlung im Ausland

In Bezug auf Handlungen der Betriebsverfassungsorgane im Ausland lehnt die Rechtsprechung Ausstrahlungen ab.¹⁵⁷ Der Betriebsrat könne als Organ im Ausland nicht tätig werden. In diesem Sinne soll es sogar unmöglich sein, Betriebsvereinbarungen für ausländische Montagebaustellen und Betriebe zu schließen.¹⁵⁸ Auch Betriebsversammlungen, Teilversammlungen oder Abteilungsversammlungen im Ausland sollen deswegen nicht möglich sein.¹⁵⁹

Im Grundsatz zutreffend ist es, wenn die Rechtsprechung diese Fragen nicht als Ausstrahlungen betrachtet.¹⁶⁰ Das gilt jedenfalls dann, wenn ihr darin gefolgt würde, dass es sich um eine Frage des persönlichen Anwendungsbereichs handelt. Auch hier erweist sich das Territorialitätsprinzip gleichsam als überkollisi-

¹⁵¹ Däubler, Betriebsverfassung in globalisierter Wirtschaft, S. 39.

¹⁵² BAG 25.4.1978 – 6 ABR 2/77, AP Nr. 16 zu Internationales Privatrecht Arbeitsrecht; Franzen, AR-Blattei SD 920 Rn. 219; Schlachter, NZA 2000, 57, 63.

¹⁵³ Gamillscheg, Kollektives Arbeitsrecht II, S. 204; Boemke, NZA 1992, 112, 115.

¹⁵⁴ Vgl. MünchArbR-Boemke, § 284 Rn. 32.

¹⁵⁵ Richardi, IPRax 1983, 217, 219; Däubler, Betriebsverfassung in globalisierter Wirtschaft, S. 41ff.; Deinert, Internationales Arbeitsrecht, § 17 Rn. 32.

¹⁵⁶ BAG 22.3.2000 – 7 ABR 34/98, AP Nr. 8 zu § 14 AÜG; BAG 24.5.2018 – 2 AZR 54/18, AP Nr. 171 zu § 102 BetrVG 1972, Rn. 14ff.

¹⁵⁷ BAG 27.5.1982 – 6 ABR 28/80, AP Nr. 3 zu § 42 BetrVG 1972.

¹⁵⁸ A.A. Deinert, Internationales Arbeitsrecht, § 17 Rn. 33.

¹⁵⁹ BAG 27.5.1982 – 6 ABR 28/80, AP Nr. 3 zu § 42 BetrVG 1972; Auffarth, FS Hilger und Stumpf, 1983, S. 31, 38; Stoffels/Lembke, Betriebsverfassungsrecht, § 3 Rn. 7; Gaul, BB 1990, 697, 702f.; ebenso auf Grundlage einer Qualifizierung der Betriebsverfassung als Eingriffsrecht Schlüpers-Oehmen, S. 94ff.

¹⁶⁰ A.A. DKW-Trümmer, § 1 Rn. 26.

onsrechtliches Hemmnis, weil nicht konsequent den international-privatrechtlichen Fragestellungen nachgegangen wird. Wenn das BetrVG kollisionsrechtlich anwendbar ist, stellt sich die Frage einer immanenten Begrenzung bei Auslandssachverhalten als rein sachrechtliche Fragestellung. Warum die Regelungen im Falle des Auslandssachverhalts keine Anwendung finden sollen, bedürfte dann der Begründung. Die vermeintliche Begründung, dass Betriebsverfassungsorgane im Ausland nicht tätig werden könnten, ist freilich keine Begründung, sondern eine Behauptung, die ihrerseits der Begründung mangelt.¹⁶¹ Da die Betriebsverfassung privatrechtlich zu qualifizieren ist, ist das Handeln der Betriebsverfassungsorgane im Ausland kein hoheitliches Handeln, sondern ein Tätigwerden wie bei Privaten auch sonst. Dies ist ohne weiteres möglich,¹⁶² in den Grenzen des Ortsrechts, das auch sonst für privates Handeln Grenzen setzt.¹⁶³ So ist es etwa denkbar, dass dem Betriebsrat erfolgreich der Zutritt zu einer Betriebsstätte versagt wird.¹⁶⁴ In diesem Sinne geht Art. 9 Rom I-Verordnung beispielsweise davon aus, dass privates Handeln durch Eingriffsrecht begrenzt werden kann. Von daher ist eine Anwendung der Bestimmungen des BetrVG, wenn die tatbestandlichen Voraussetzungen gegeben sind, grundsätzlich ohne Einschränkungen möglich. Folglich können auch Teilbetriebsversammlungen im Ausland durchgeführt werden.¹⁶⁵ Die entgegenstehende Rechtsprechung höhlt den Schutz durch die Betriebsverfassung ohne Not aus. In gleicher Weise können Betriebsratsmitglieder Sprechstunden im Ausland abhalten.¹⁶⁶

Zwar wäre eine Teilnahme der Arbeitnehmer, die im Ausland tätig sind, an den Betriebsversammlungen im Inland nach den Vorstellungen von der Ausstrahlung grundsätzlich möglich.¹⁶⁷ Die Teilversammlung im Ausland ist freilich kostengünstiger¹⁶⁸ und erübrigt die Frage, ob der Arbeitgeber von Reisekosten

¹⁶¹ Vgl. MünchKomm-Martiny, Art. 8 Rom I-VO Rn. 149.

¹⁶² GK-Franzen, § 1 Rn. 12.

¹⁶³ Franzen, AR-Blattei SD 920 Rn. 261; so der Sache nach auch Fitting, § 42 Rn. 55a.

¹⁶⁴ Fitting, § 1 Rn. 31.

¹⁶⁵ Birk, RabelsZ 46 (1982), 384, 408; Deinert, Internationales Arbeitsrecht, § 17 Rn. 33; a.A. HWK-Gaul, Vorb.BetrVG Rn. 9; HWK-Diller, § 42 BetrVG Rn. 14.

¹⁶⁶ Fitting, § 1 Rn. 31; i.E. ebenso DKW-Trümmer, § 1 Rn. 26; a.A. HWK-Gaul, Vorb.BetrVG Rn. 9; Schlüpers-Oehmen, S. 96f.

¹⁶⁷ Fitting, § 1 Rn. 28, § 42 Rn. 14a.

¹⁶⁸ Fitting, § 1 Rn. 31, § 42 Rn. 55a; GK-Franzen, § 1 Rn. 12.

der betroffenen Arbeitnehmer zur inländischen Betriebsversammlung aus Zumutbarkeitsgründen entlastet werden könnte^{169, 170}

Auch wenn danach Betriebsversammlungen (falls sich der gesamte Betrieb im Ausland befindet), Teilversammlungen oder Abteilungsversammlungen im Ausland möglich sind, schließt das Anpassungen des Sachrechts nicht aus. Anpassungen sind ganz normale Notwendigkeiten bei der Sachrechtsanwendung.¹⁷¹ So könnte beispielsweise die autonome Bestimmung der Tagesordnung mit Rücksicht auf das Ortsrecht ausscheiden.

3. Errichtung eines Konzernbetriebsrats bei ausländischer Konzernspitze

a) Keine Begrenzung auf Konzernobergesellschaften mit Sitz im Inland

Auch die Frage, ob ein Konzernbetriebsrat errichtet werden kann, wenn deutsche Unternehmen unter Konzernleitungsmacht ausländischer Unternehmen stehen, ist eine sachrechtliche Frage. Auch in diesem Kontext scheint die Rechtsprechung Kollisionsrecht und Sachrecht aber nicht sorgfältig genug zu unterscheiden. Denn einerseits stützt sie sich auf den Konzerntatbestand des § 18 AktG unter Heranziehung der Gesetzesgenese des MitbestG als Argument, dass nur bei deutscher Konzernspitze ein Konzernbetriebsrat errichtet werden könne, andererseits bemüht sie wiederum das Territorialitätsprinzip. Dabei hatte das BAG in seiner Entscheidung vom 14.2.2007 noch vollkommen zu Recht letztlich allein auf sachrechtliche Gesichtspunkte rekurriert. Das Wort „territorial“ tauchte lediglich in einem Begründungsstrang auf, in dem von einem territorial beschränkten Geltungsbereich des MitbestG die Rede ist.¹⁷² Wenig später hat das Gericht diese Entscheidung allerdings bestätigt und in dem Zusammenhang auf das Territorialitätsprinzip („des AktG“) verwiesen.¹⁷³ Mit der Entscheidung vom 23.5.2018 wird hingegen deutlich das Territorialitätsprinzip

¹⁶⁹ Vgl. dazu m.w.N. *Boemke*, NZA 1992, 112, 116; *Schlüpers-Oehmen*, S. 96; vgl. auch *Franzen*, AR-Blattei SD 920 Rn. 257.

¹⁷⁰ *Franzen*, AR-Blattei SD 920 Rn. 261.

¹⁷¹ Zur Anpassung *Deinert*, Internationales Arbeitsrecht, § 18 Rn. 16.

¹⁷² BAG 14.2.2007 – 7 ABR 26/06, AP Nr. 13 zu § 54 BetrVG 1972, Rn. 58.

¹⁷³ BAG 16.5.2007 – 7 ABR 63/06, AP Nr. 3 zu § 96a ArbGG 1979, Rn. 29.

bemüht, wobei im Dunkeln bleibt, ob dies als allein sachrechtlich begriffen wird.¹⁷⁴

i. Selbstbeschränkte Sachnorm?

Soweit auf einen Sachverhalt das BetrVG anwendbar ist, ist unter den Voraussetzungen des § 54 BetrVG die Möglichkeit gegeben, durch Beschlüsse der Gesamtbetriebsräte einen Konzernbetriebsrat zu errichten. Voraussetzung ist, dass ein Unterordnungskonzern vorliegt. Insoweit verweist der Gesetzgeber in § 54 Abs. 1 Satz 1 BetrVG in der Tat auf § 18 Abs. 1 AktG. Nach letzterer Bestimmung bilden ein herrschendes und ein oder mehrere abhängige Unternehmen einen Konzern, wenn sie unter der einheitlichen Leitung des herrschenden Unternehmens zusammengefasst sind. Dass die konzernbeteiligten Unternehmen deutsche Unternehmen sein müssten, ergibt sich aus dem gesetzlichen Tatbestand nicht.¹⁷⁵ Für das BetrVG jedenfalls zeigt die Regelung, dass der Gesetzgeber eine Zusammenfassung unter einheitlicher Leitung eines herrschenden Unternehmens zur Voraussetzung der Einrichtung eines Konzernbetriebsrats gemacht hat. Das macht für sich durchaus Sinn, denn der Konzernbetriebsrat soll bei fremdbestimmten Entscheidungen für die Arbeitgeberunternehmen ermöglichen, eine Repräsentanz der Arbeitnehmer zu errichten, die dieser Leitungsmacht gegenübertritt.¹⁷⁶ Über den Konzernbetriebsrat soll die Beteiligung der Arbeitnehmer des Konzerns an den Entscheidungen der Konzernleitung sichergestellt werden.¹⁷⁷ Ob die Leitungsmacht aus dem Ausland heraus ausgeübt wird, spielt insoweit aber keine Rolle.¹⁷⁸

Die Rechtsprechung entnimmt allerdings unter anderem der Teilkonzernregelung des § 5 Abs. 3 MitbestG, dass der Gesetzgeber davon ausgegangen sei, dass das MitbestG nicht auf Konzernobergesellschaften mit Sitz im Ausland anzuwenden sei. Mit der Teilkonzernregelung habe er die Regelungslücken aus dem territorial beschränkten Geltungsbereich des Gesetzes begrenzen wollen. Aus

¹⁷⁴ BAG 23.5.2018 – 7 ABR 60/16, AP Nr. 19 zu § 54 BetrVG 1972, Rn. 25.

¹⁷⁵ Vgl. BAG 14.2.2007 – 7 ABR 26/06, AP Nr. 13 zu § 54 BetrVG 1972, Rn. 42ff.; widersprüchlich dann aber in Rn. 53; a.A. BAG 16.5.2007 – 7 ABR 63/06, AP Nr. 3 zu § 96a ArbGG 1979, Rn. 29, wo von einem „Territorialitätsprinzip des AktG“ die Rede ist.

¹⁷⁶ Vgl. BAG 27.10.2010 – 7 ABR 85/09, AP Nr. 14 zu § 54 BetrVG 1972.

¹⁷⁷ BAG 14.2.2007 – 7 ABR 26/06, AP Nr. 13 zu § 54 BetrVG 1972, Rn. 49; BAG 23.5.2018 – 7 ABR 60/16, AP Nr. 19 zu § 54 BetrVG 1972, Rn. 21.

¹⁷⁸ Vgl. *Simitis*, FS Kegel, 1977, S. 143, 176ff.; *Deinert*, Internationales Arbeitsrecht, § 17 Rn. 52; *Deinert*, FS Marhold, 2020, S. 457, 467; vgl. auch *DKW-Wenckebach*, Vor § 54 Rn. 24f.; *Fitting*, § 54 Rn. 34c; *Gaumann/Liebermann*, DB 2006, 1157.

dem Fehlen einer entsprechenden Regelung in § 54 BetrVG schließt das Gericht, dass der Gesetzgeber sich dort bewusst dafür entschieden habe, dass das Gesetz nicht im Falle einer im Ausland ansässigen Konzernobergesellschaft anwendbar sei.¹⁷⁹ Aus diesem Grunde scheide eine Analogie der §§ 5 Abs. 3 MitbestG, 11 Abs. 3 PubLG im Falle des Konzernbetriebsrats aus.¹⁸⁰

Dem liegt ein folgenschwerer Denkfehler zugrunde. Die Überlegungen zur Analogie der genannten Vorschriften folgen auf umfangreiche Ausführungen zu den Voraussetzungen der Rechtsfortbildung im Wege der wortsinnübersteigenden Gesetzesanwendung.¹⁸¹ Dass allerdings der Wortsinn von § 54 BetrVG der Anwendung bei ausländischen Konzernobergesellschaften entgegensteht, stellt das Gericht gerade nicht fest. Vielmehr ist dies gerade das Ergebnis einer systematischen Auslegung unter Heranziehung einer Sondervorschrift zu einem anderen Gesetz. Viel richtiger wäre es daher, dieses Ergebnis aus der normativen Wertung der §§ 5 Abs. 3 MitbestG, 11 Abs. 3 PubLG zu folgern.¹⁸²

Einfacher noch macht es der Senat sich in der Entscheidung vom 23.5.2018. Hier heißt es nur noch, dass AktG erstrecke sich nicht auf Konzerne mit Obergesellschaft im Ausland, hieran knüpfe der Konzerntatbestand des § 54 BetrVG.¹⁸³ In der Folge heißt es dann, eine Durchbrechung des Territorialitätsprinzips, das durch die Bezugnahme auf § 18 Abs. 1 AktG „ausdrücklich angeordnet“ sei, sei nicht im Wege der Analogie geboten.¹⁸⁴ Ungeachtet der Angreifbarkeit der These, dass das Konzernrecht des AktG nicht für ausländische Obergesellschaften greife,¹⁸⁵ gilt auch hier: ausdrücklich ist das im Gesetz gar nicht angeordnet,¹⁸⁶ vielmehr behauptet der Senat schlicht, dass dies ausdrücklich sei. Immerhin spricht viel mehr dafür, dass der Verweis auf § 18 AktG klarstellen soll, dass allein bei Unterordnungskonzernen ein Konzernbetriebsrat zu errichten sei.¹⁸⁷

¹⁷⁹ BAG 14.2.2007 – 7 ABR 26/06, AP Nr. 13 zu § 54 BetrVG 1972, Rn. 57f.

¹⁸⁰ Ebenso BAG 23.5.2018 – 7 ABR 60/16, AP Nr. 19 zu § 54 BetrVG 1972, Rn. 29; BAG 16.5.2007 – 7 ABR 63/06, AP Nr. 3 zu § 96a ArbGG 1979, Rn. 33; ebenso MünchArbR-*Nebendahl*, § 302 Rn. 31.

¹⁸¹ BAG 14.2.2007 – 7 ABR 26/06, AP Nr. 13 zu § 54 BetrVG 1972, Rn. 55f.

¹⁸² Richardi-*Annuß*, § 54 Rn. 35.

¹⁸³ BAG 23.5.2018 – 7 ABR 60/16, AP Nr. 19 zu § 54 BetrVG 1972, Rn. 24; ebenso *ErfK-Koch*, § 54 BetrVG Rn. 7.

¹⁸⁴ BAG 23.5.2018 – 7 ABR 60/16, AP Nr. 19 zu § 54 BetrVG 1972, Rn. 25.

¹⁸⁵ Zur Kritik *M. Schmidt*, NZA 2020, 492.

¹⁸⁶ *Buchner*, FS Birk, 2008, S. 11, 24, so wohl auch *Fitting*, § 54 Rn. 34c.

¹⁸⁷ *M. Schmidt*, NZA 2020, 492, 493

Bemerkenswert ist, dass das BAG gerade in dieser Fragestellung so sklavisch auf den aktienrechtlichen Konzernbegriff rekurriert, dabei aber die Wurzeln seiner eigenen Rechtsprechung komplett aus den Augen verliert.¹⁸⁸ Gerade die Frage der Bildung eines Konzernbetriebsrats im Teilkonzern hatte das BAG ursprünglich unter ausdrücklicher Lösung vom aktienrechtlichen Konzernbegriff beantwortet: Das BAG erkannte die Möglichkeit eines Konzernbetriebsrats für einen Konzern im Konzern trotz des Klammerzusatzes in § 54 BetrVG an. Die Verweisung sei nicht ausdrücklich so gemeint, dass der aktienrechtliche Konzernbegriff maßgeblich sein müsse. Von daher dürften arbeitsrechtliche Wertungen berücksichtigt werden. Anders als beim aktienrechtlichen Konzernrecht stehe bei der Mitbestimmung der Interessenausgleich zwischen Arbeitgeberseite und Belegschaft der zum Konzern gehörenden Unternehmen und Betriebe im Vordergrund. Der Konzernbetriebsrat solle eine Beteiligung der Arbeitnehmerschaft im Konzern an die Einzelunternehmen bindenden Leitungsentscheidungen im sozialen personellen und wirtschaftlichen Bereich sicherstellen. Von daher komme es darauf an, dass Mitbestimmung dort ausgeübt werde, wo unternehmerische Leitungsmacht konkret entfaltet und ausgeübt werde.¹⁸⁹

Das BAG setzt sich in seiner neueren Rechtsprechung zu dieser Rechtsprechung in Widerspruch. Denn den Konzernbetriebsrat beim Konzern im Konzern erkennt das Gericht weiterhin ausdrücklich an, will aber gleichwohl den Verweis auf § 18 AktG als „eindeutig“ konzernrechtlich begreifen. Angesichts des Umstandes, dass heute wie damals die Möglichkeit eines „Konzerns im Konzern“ im aktienrechtlichen Schrifttum überwiegend abgelehnt wird,¹⁹⁰ hätte es zur Begründung daher weit mehr bedurft als eines kurzen Verweises auf die bisherige Rechtsprechung.

ii. Substitution, nicht Analogie

Der Wortsinn lässt nach allem im Gegenteil den Schluss zu, dass es für den Konzernbegriff überhaupt nicht darauf ankommt, ob die Muttergesellschaft im Inland belegen ist oder nicht.¹⁹¹ Methodisch geht es hier gerade nicht um eine Analogie, sondern um eine Substitution. Selbstverständlich hat der Gesetzgeber

¹⁸⁸ *Junker*, SAE 2008, 41, erkennt dies zwar, will darin aber keinen Widerspruch sehen.

¹⁸⁹ BAG 21.10.1980 – 6 ABR 41/78, AP Nr. 1 zu § 54 BetrVG 1972, m. zust. Anm. *Fabricius*.

¹⁹⁰ Vgl. m.w.N. Schmidt/Lutter-Vetter, § 18 Rn. 14; vgl. auch, aber unter Betonung der Möglichkeiten eigenständiger arbeitsrechtlicher Wertungen, *Spindler*, AG 2020, 681, 689ff.

¹⁹¹ DKW-Wenckebach, Vor § 54 Rn. 26; *Bachmann*, RdA 2008, 107, 110.

in der Regel bei der Schaffung von Rechtsnormen die Erfüllung durch Tatbestände im Inland vor Augen. Auch werden Rechtsbegriffe typischerweise mit der Vorstellung von einem Inlandssachverhalt verwendet. So mag der Gesetzgeber auch bei § 54 BetrVG von der Vorstellung getragen gewesen sein, dass es um inländische Konzernunternehmen geht. Das schließt aber nicht aus, dass ein inländisches Institut durch ein ausländisches substituiert wird.¹⁹² Die Substitution findet grundsätzlich statt, wenn das fremde Institut nach Wirkungen und Funktion dem zu substituierenden gleichwertig ist.¹⁹³ Im Hinblick auf den Zweck eines Konzernbetriebsrats sind daher herrschende und abhängige Unternehmen durch solche nach ausländischem Recht zu substituieren.¹⁹⁴

Im Übrigen ist aber auch die These angreifbar, dass der Gesetzgeber unausgesprochen gleichsam als selbstverständlich vorausgesetzt habe, dass ein Konzernbetriebsrat nur bei einem inländischen herrschenden Unternehmen errichtet werden könne (, was nicht nur eine Analogie, sondern auch eine Substitution ausschliesse). Begründet wird dies mit zwei parlamentarischen Drucksachen:¹⁹⁵ In einem ersten Schritt wird darauf hingewiesen, dass der Gesetzentwurf des Mitbestimmungsgesetzes durch Verweisung auf § 18 AktG hinsichtlich des Konzernbegriffs dieselbe Lösung verwendet habe wie bereits beim Konzernbetriebsrat nach dem BetrVG.¹⁹⁶ Im zweiten Schritt wird dann auf den Bericht des Bundestagsausschusses für Arbeit und Sozialordnung verwiesen, wonach im Ausschuss Einigkeit bestanden habe, dass das Gesetz nur auf Gesellschaften mit Sitz im Geltungsbereich des Grundgesetzes Anwendung finde.¹⁹⁷ Das Gericht begründet also den Willen des Gesetzgebers zum BetrVG 1972 damit, dass vier Jahre später ein anderer Bundestag ein bestimmtes Verständnis zu einem anderen Gesetz zum Ausdruck gebracht hat. Das ist methodisch fragwürdig. Vor allem aber sagt dies nichts darüber aus, was der objektivierte Wille des Gesetzgebers in Bezug auf § 54 BetrVG, wie er im Wortlaut zum Ausdruck kommt, ist. Die Heranziehung der Materialien zum Konzernbegriff des MitbestG ist aber auch ansonsten „schief“. Denn anders als bei der Unternehmensmitbestimmung geht es um die Mitbestimmung der Arbeitnehmer in deutschen Betriebsstätten bottom up. Die Mitbestimmung des Konzernbetriebsrats bleibt dabei der Sache

¹⁹² Vgl. v. Bar/Mankowski, § 7 Rn. 239ff.

¹⁹³ BGH 16.2.1981 – II ZB 8/80, BGHZ 80, 76, 78; Koch/Magnus/Winkler v. Mohrenfels, § 1 Rn. 50.

¹⁹⁴ Deinert, FS Marhold, 2020, S. 457, 467ff.

¹⁹⁵ Vgl. BAG 14.2.2007 – 7 ABR 26/06, AP Nr. 13 zu § 54 BetrVG 1972, Rn. 58.

¹⁹⁶ Entwurfsbegründung, BT-Drs. 7/2172, S. 21.

¹⁹⁷ BT-Drs. 7/4845, S. 4.

nach betriebliche Mitbestimmung und nicht unternehmerische Mitbestimmung. Von daher ist die Errichtung eines Konzernbetriebsrats strukturell etwas völlig anderes, als die Beteiligung der Arbeitnehmer an unternehmerischen Entscheidungen durch Entsendung von Repräsentanten in den Aufsichtsrat.

iii. Widerspruch zur Rechtsprechung zum Wirtschaftsausschuss bei ausländischem Unternehmen

Insoweit überzeugt die Rechtsprechung letztlich auch nicht, wenn sie einerseits bei ausländischer Unternehmensleitung die Errichtung eines Wirtschaftsausschusses nach § 106 BetrVG – ebenso wie die herrschende Meinung in Bezug auf einen Gesamtbetriebsrat – für geboten hält, andererseits entgegen der gesetzlichen Konzeption auf einen Konzernbetriebsrat verzichtet, wenn das herrschende Unternehmen seinen Sitz im Ausland hat.¹⁹⁸ *Franzen* versucht dies zu „reparieren“, indem er auch hinsichtlich der Konzernobergesellschaft das Territorialitätsprinzip anwenden möchte.¹⁹⁹ Dadurch wird aber verkannt, dass auch die Errichtung des Konzernbetriebsrats betriebliche und nicht Unternehmens- oder Konzernmitbestimmung ist.^{200, 201} Maßgeblich kann für die Lageortanknüpfung nur sein, ob es *Inlandsbetriebe* gibt.²⁰² Die Betriebsverfassung kann nur einheitlich angeknüpft werden und untersteht als Ganzes dem Recht, das durch die Lageortanknüpfung berufen ist.²⁰³ *Kort* behauptet, der Sachverhalt beim Konzernbetriebsrat unterscheide sich von der vorliegenden Situation, dass Betriebsräte und Gesamtbetriebsräte dem ausländischen Unternehmen als Arbeitgeber gegenüberreten, in dem Punkt, dass es ja immerhin dort den Arbeitgeber gebe, so dass es dort der weiteren Suche nach einem Ansprechpartner gar nicht bedürfe.²⁰⁴ Freilich kann man gesetzliche Rechtsfolgen nicht einfach negieren, weil es Schwierigkeiten bereitet, zu ermitteln, gegen wen sie gerichtet sind. In der

¹⁹⁸ Zutreffender Hinweis bei *Fitting*, § 54 Rn. 34e; so bereits *Bachmann*, RdA 2008, 107, 110; vgl. auch für die Parallele zum Gesamtbetriebsrat *Gaumann/Liebermann*, DB 2006, 1157.

¹⁹⁹ GK-*Franzen*, § 54 Rn. 45; ebenso bereits zuvor WPK-*Roloff*, § 54 Rn. 11; ähnlich auch *Junker*, Internationales Arbeitsrecht im Konzern, S. 399f.: im Inland kein Unterordnungskonzern als Ansprechpartner.

²⁰⁰ So auch *Franzen*, AR-Blattei SD 920 Rn. 270.

²⁰¹ Wie hier i.E. *Richardi-Richardi*, Einleitung Rn. 72.

²⁰² *Richardi-Richardi*, Einleitung Rn. 72; vgl. auch, wenn auch auf dem Boden des Territorialitätsprinzips, *Fitting*, § 54 Rn. 34d; a.A. wohl, allerdings widersprüchlich, *Birk*, FS Schnorr von Carolsfeld, 1972, S. 61, 81f.

²⁰³ *Junker*, Internationales Arbeitsrecht im Konzern, S. 392f.

²⁰⁴ *Kort*, NZA 2009, 464, 469.

Sache läuft das letztlich ohnehin auf nichts anderes hinaus als das auch von der Rechtsprechung vorgebrachte Argument, dass es an einem sozialen Gegenspieler für den Konzernbetriebsrat fehle. Darauf ist nunmehr einzugehen.

iv. Fehlender sozialer Gegenspieler?

Das BAG wendet weiter ein, dass die Errichtung eines Konzernbetriebsrats, dem ein Arbeitgeber ohne Leitungsmacht gegenüberstehe, auf ein funktionsloses Organ hinauslaufe. Es fehle am Ansprechpartner.²⁰⁵ (Indes: Ein Konzernbetriebsrat wird nach dem Gesetz nicht bei, sondern „für“ den Konzern errichtet.²⁰⁶) Ein Ausgleich von Konzernleitungsmacht lasse sich dadurch nicht erreichen.²⁰⁷ Das trifft aber bestenfalls nur mit Blick auf den Gesamtkonzern zu. Jedoch ist der Konzernbetriebsrat bereits zuständig, wenn es um eine unternehmensübergreifende Angelegenheit geht (§ 58 Abs. 1 BetrVG) und außerdem kann er in Auftragszuständigkeit für Gesamtbetriebsräte nach § 58 Abs. 2 BetrVG handeln. In diesen Fällen wäre der Ansprechpartner gar nicht zwingend die Konzernleitung, sondern u.U. einzelne inländische Unternehmen.²⁰⁸ Von daher trifft der Einwand, es gehe allein um die Frage, wo Leitungsmacht ausgeübt wird,²⁰⁹ nicht zu. Ohnehin stellt die vorgestellte Argumentation die gesamte Problematik von den Füßen auf den Kopf. Vielmehr wäre zu fragen, wie die Funktionsfähigkeit des Organs sicherzustellen ist, wenn ein solches nach den gesetzlichen Voraussetzungen zu errichten ist (dazu u. c).²¹⁰ Rechte verlieren auch nicht ihre Existenzberechtigung, wenn sie nur schwer durchzusetzen sind.²¹¹ Zudem hat die Rechtsprechung keine entsprechenden Bedenken beim Wirtschaftsausschuss im Falle einer Unternehmensleitung im Ausland.²¹² Die Behauptung schließlich, es bedeute eine zu starke Vereinnahmung der auslän-

²⁰⁵ Vgl. bereits ArbG Stuttgart 1.8.2003 – 26 BV 11/02, NZA-RR 2004, 138, 139; ferner *Junker*, Internationales Arbeitsrecht im Konzern, S. 399f.; *ErfK-Koch*, § 54 BetrVG Rn. 7; *MünchArbR-Nebendahl*, § 302 Rn. 31; *Dzida/Hohenstatt*, NZA 2007, 945, 947; *Henssler*, ZfA 2005, 289, 311; ferner *Wollwert*, S. 146.

²⁰⁶ Zutr. Hinw. bei *Bachmann*, RdA 2008, 107, 110.

²⁰⁷ BAG 14.2.2007 – 7 ABR 26/06, AP Nr. 13 zu § 54 BetrVG 1972, Rn. 63; ähnlich BAG 23.5.2018 – 7 ABR 60/16, AP Nr. 19 zu § 54 BetrVG 1972, Rn. 27.

²⁰⁸ ArbG Hamburg 19.7.2006 – 18 BV 11/06, Rn. 32; *Bachmann*, RdA 2008, 107, 110; *Gaumann/Liebermann*, DB 2006, 1157, 1158.

²⁰⁹ So *Junker*, SAE 2008, 41, 42f.

²¹⁰ Richtig insoweit *GK-Franzen*, § 54 Rn. 45.

²¹¹ *Fitting*, § 54 Rn. 34d; ebenso bereits *Bachmann*, RdA 2008, 107, 110.

²¹² *Bachmann*, RdA 2008, 107, 110; a.A. *Henssler*, ZfA 2005, 289, 311f.

dischen Konzernmutter durch das deutsche Betriebsverfassungsrecht,²¹³ ist rechtspolitischer Natur und kann außerhalb der weiteren Betrachtung bleiben.

v. Weitere Argumente

Wenig überzeugend ist auch der Einwand, es fehle an einem Arbeitgeber, der die Kosten trage.²¹⁴ Ohnehin sind ein Großteil der Kosten des Konzernbetriebsrats bereits Betriebsratskosten und daher von den jeweiligen Arbeitgebern nach § 40 BetrVG zu tragen. Die Vorstellung, dass ein ausländischer Arbeitgeber nicht zur Kostentragung verpflichtet sein könne, geht aber sowieso fehl. Wenn kollisionsrechtlich ein Betriebsverfassungsstatut berufen ist, dass die Kostentragung vorsieht, dann trägt diese Kosten der Arbeitgeber, konkret die Konzernmutter. Dass diese ihren Sitz im Ausland hat, ist insoweit ohne Bedeutung. Das begründet allein den Auslandssachverhalt, der es notwendig macht, mithilfe einer Kollisionsnorm zu bestimmen, welches Recht anwendbar ist.

Ebenso wenig überzeugt es, wenn das BAG sich weiter auf § 82 Abs. 1 Satz 2 ArbGG beruft.²¹⁵ Die Regelung betrifft die örtliche Zuständigkeit für Beschlussverfahren am Sitz des Unternehmens. Auch diese Regelung setzt gedanklich ein inländisches Unternehmen voraus. Es hat der Rechtsprechung aber auch sonst keine Schwierigkeiten bereitet, die örtliche Zuständigkeit im Falle eines ausländischen Unternehmenssitzes zu bestimmen.²¹⁶

Auch sonst gibt es keine Argumente gegen die Errichtung eines Konzernbetriebsrats im Falle einer ausländischen Konzernleitung. Ein solcher wird angesichts unterschiedlicher Aufgaben nicht etwa durch einen Europäischen Betriebsrat überflüssig.²¹⁷ Auch die Möglichkeit, Strukturtarifverträge nach § 3 BetrVG abzuschließen (s.o. III.), macht einen Konzernbetriebsrat nicht entbehrlich.²¹⁸ Solche Tarifverträge betreffen alternative Gremien. Die Regelung zeigt auch nicht, dass, wie behauptet wird,²¹⁹ §§ 54ff. BetrVG „nicht so starr“ seien, so dass nicht auf jeden Fall ein Mitbestimmungsgremium auf höchster Leitungs-

²¹³ Kort, NZA 2009, 464, 469.

²¹⁴ Wollwert, S. 147.

²¹⁵ BAG 23.5.2018 – 7 ABR 60/16, AP Nr. 19 zu § 54 BetrVG 1972, Rn. 28; ErfK-Koch, § 54 BetrVG Rn. 7.

²¹⁶ BAG 31.10.1975 – 1 ABR 4/74, AP Nr. 2 zu § 106 BetrVG; vgl. auch M. Schmidt, NZA 2020, 492, 493.

²¹⁷ Bachmann, RdA 2008, 107, 111; a.A. Henssler, ZfA 2005, 289, 312.

²¹⁸ So aber Henssler, ZfA 2005, 289, 311; Junker, SAE 2008, 41, 42.

²¹⁹ Kort, NZA 2009, 464, 466.

ebene möglich sein müsse. Die Vorstellung ist an sich schon kaum nachvollziehbar. Außerdem wollte der Gesetzgeber die Möglichkeiten der Arbeitnehmervertretungen erweitern, so dass dies nicht als einschränkendes Argument herangezogen werden kann.²²⁰ Ganz abgesehen davon ist der Abschluss eines Strukturtarifvertrags zwar möglich, aber nicht zwingend.

Vor diesem Hintergrund ist die Errichtung eines Konzernbetriebsrats nach § 54 BetrVG auch dann möglich, wenn die Konzernleitung im Ausland ihren Sitz hat. Das folgt bereits aus der Auslegung des einfachen Sachrechts. Hinzu kommt die unionsrechtliche Verpflichtung zur Gewährleistung der Information und Konsultation der Arbeitnehmer auf geeigneter Ebene und in effektiver Weise nach Art. 4, 8 RL 2002/14/EG²²¹ i.V.m. Art. 27 der Europäischen Grundrechte-Charta, so dass auch eine richtlinienkonforme Auslegung zu diesem Ergebnis nötigt.²²²

Gegen die hier vertretene Lösung wird vorgebracht, die Niederlassungsfreiheit aus Art. 49 AEUV verschaffe dem Arbeitgeber bzw. der Konzernobergesellschaft ein Recht auf mitbestimmungsfreie Entscheidungen. Dabei wird davon ausgegangen, dass die bisherige Rechtsprechung des BAG zutreffend und ein Konzernbetriebsrat mangels Konzerns im Konzern nicht zu errichten sei. Gegen die darauf nach der Rechtsprechung folgende Zuständigkeit der Gesamtbetriebsräte bzw. Betriebsräte wird eingewandt, dies führe zu inhomogenen Lösungen, da eine einheitliche Regelung nicht erreichbar sei (s. auch o. II. 1.). Die Obergesellschaft könne auch nicht genötigt sein, im Interesse einheitlicher Regelungen eine Teilspitze im Inland zu errichten, weil dies gegen ihre Niederlassungsfreiheit verstoße.²²³ Richtig an dieser Vorstellung ist allein die Erkenntnis, dass der EuGH in der Rechtssache *Erzberger*²²⁴ entschieden hat, dass aus der Freizügigkeit keine Pflicht zur Erfassung durch das Mitbestimmungsrecht folge²²⁵. Daraus folgt aber nicht das Gegenteil. Vorliegend geht es um etwas völlig anderes. Die von der Rechtsprechung aus der Taufe gehobene Ersatzzuständig-

²²⁰ *Bachmann*, RdA 2008, 107, 111; *Gaumann/Liebermann*, DB 2006, 1157, 1159.

²²¹ Richtlinie 2002/14/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 11. März 2002 zur Festlegung eines allgemeinen Rahmens für die Unterrichtung und Anhörung der Arbeitnehmer in der Europäischen Gemeinschaft, ABl. L 80/29.

²²² *Fitting*, § 54 Rn. 34j, und *Linssenmaier*, FS 100 Jahre Betriebsverfassungsrecht, S. 409, 422.

²²³ *Salamon*, NZA 2019, 283, 286 f.

²²⁴ *EuGH* 18. 7. 2017 – C-566/15, AP Nr. 1 zu Art. 45 AEUV – *Erzberger* (= JZ 2017, 1001, m. Anm. *Krause* = NZA 2017, 1000).

²²⁵ Darauf insistiert *Salamon* a.a.O (Fn. 223).

keit von Gesamtbetriebsräten bzw. Betriebsräten ist nicht etwa als Belastung ausländischer Konzernobergesellschaften zu sehen, sondern vielmehr als eine geringere Belastung als die, die sich aus der Anwendung des Gesetzes auf die Konzernobergesellschaft ergibt. Insofern steht vielmehr die Frage im Raum, ob aus der Niederlassungsfreiheit die Konsequenz folgt, dass es ein Recht gibt, von Mitbestimmungsrechten verschont zu bleiben. Das ist nach vorstehenden Ausführungen aber nicht der Fall. Die damit verbundene Beschränkung der Dienstleistungsfreiheit ist durch den Schutz der durch die Betriebsverfassung erfassten Arbeitnehmer als zwingendem Allgemeininteresse gerechtfertigt (s. auch bereits o. I.).²²⁶

vi. Zwischenergebnis

Auch wenn die Konzernleitung ihren Sitz im Ausland hat und es im Inland keine Teilkonzernspitze gibt, ermöglicht § 54 BetrVG die Bildung eines Konzernbetriebsrats. Das „Trostpflaster“, eine Auffangzuständigkeit der Betriebsräte und Gesamtbetriebsräte ist danach nicht notwendig. Es wäre auch nicht hilfreich (s.o. II. 1.).

Zwei Folgefragen sind in dem Kontext allerdings zu erörtern. Das betrifft zunächst die Frage, wer über die Errichtung des Konzernbetriebsrats entscheidet und wer ein Entsendungsrecht hat. Zum anderen geht es um die Frage, wer dem Konzernbetriebsrat als Ansprechpartner gegenübertritt.

b) Repräsentation inländischer Betriebe

Die Lageortanknüpfung der Betriebsverfassung führt zunächst dazu, dass das BetrVG auf inländische Betriebe angewendet wird. Diese entsenden in einen Gesamtbetriebsrat. Folglich entsenden nur die Betriebsräte von Inlandsbetrieben gemäß § 47 BetrVG in den Gesamtbetriebsrat. Arbeitnehmervertretungen ausländischer Betriebe werden daran nicht beteiligt.²²⁷ Hierfür spricht auch, dass das BetrVG die Interessenvertretung dezentral von der betrieblichen Ebene her

²²⁶ Vgl. zur Rechtfertigung von Beschränkungen von Grundfreiheiten EuGH 30.11.1995 – C-55/94, EuZW 1996, 92 – Gebhard.

²²⁷ *Fitting*, § 1 Rn. 19, § 47 Rn. 22; *Franzen*, AR-Blattei SD 920, Rn. 271ff., 286; *ErfK-Koch*, § 47 BetrVG Rn. 5; *GK-Kreutz/Franzen*, § 47 Rn. 8; *Deinert*, Internationales Arbeitsrecht, § 17 Rn. 54; *DKW-ders.*, § 47 Rn. 35; *MünchArbR-Boemke*, § 284 Rn. 28; *Schlüppers-Oehmen*, S. 100; *Buchner*, FS Birk, 2008, S. 11, 19; a.A. *Agel-Pahlke*, S. 219ff.; *Birk*, *RabelsZ* 46 (1982), 384, 408; *ders.*, FS Schnorr v. Carolsfeld, 1972, S. 61, 83; *Däubler*, *RabelsZ* 39 (1975), 444, 462ff.; *MünchKomm-Martiny*, Art. 8 Rom I-VO Rn. 152.

denkt.²²⁸ Demgegenüber spielt es keine Rolle, ob das Unternehmen, bei dem der Gesamtbetriebsrat errichtet wird, seinen Sitz im Inland hat.²²⁹ Diesem Verständnis entspricht auch die Rechtsprechung zur Errichtung eines Wirtschaftsausschusses bei ausländischen Unternehmen.²³⁰

Teils wird allerdings einschränkend gefordert, dass nur bei einer inländischen Leitungsstruktur die Errichtung eines Gesamtbetriebsrats in Betracht komme.²³¹ Das ist letztlich aber nicht überzeugend.²³² § 47 BetrVG fordert eine solche Leitungsstruktur nicht als tatbestandliche Voraussetzung.²³³ Freilich ist sie unausgesprochen vorausgesetzt, weil der Gesamtbetriebsrat gerade einer solchen Leitungsstruktur auf der Entscheidungsebene entgegentreten soll, damit die Beteiligungsrechte auf der Ebene ausgeübt werden, auf der die maßgeblichen Entscheidungen getroffen werden.²³⁴ Dann aber muss die Angleichung so aussehen, dass das ausländische Unternehmen in Ermangelung einer entsprechenden Leitungsstruktur verpflichtet ist, einen kompetenten Gesprächspartner im Inland zur Verfügung zu stellen.²³⁵ Eine solche Pflicht lässt sich aus § 2 BetrVG ableiten.

Nur die so errichteten Gesamtbetriebsräte können die Zustimmung zur Errichtung eines Konzernbetriebsrats nach § 54 BetrVG geben.²³⁶ Dafür kann es dann allerdings keine Rolle spielen, ob das jeweilige Unternehmen, bei dem der Gesamtbetriebsrat errichtet wurde, seinen Sitz im Inland hat.²³⁷ Vielmehr muss jeder Gesamtbetriebsrat, der nach dem BetrVG errichtet wurde, an der Errichtung bzw. Nichterrichtung eines Konzernbetriebsrats beteiligt werden.

²²⁸ *Deinert*, Internationales Arbeitsrecht, § 17 Rn. 54.

²²⁹ *Birk*, FS Schnorr v. Carolsfeld, 1972, S. 61, 83; *Buchner*, FS Birk, 2008, S. 11, 19; *Franzen*, AR-Blattei SD 920, Rn. 286; *ErfK-Koch*, § 47 BetrVG Rn. 5; *GK-Kreutz/Franzen*, § 47 Rn. 9; *Lipperheide*, S. 90ff.

²³⁰ S.o. Fn. 24.

²³¹ *Richardi-Annuß*, § 47 Rn. 21; *Röder/Powietzka*, DB 2004, 542, 544.

²³² *MünchArbR-Nebendahl*, § 300 Rn. 13; *DKW-Deinert*, § 47 Rn. 35.

²³³ *Franzen*, AR-Blattei SD 920 Rn. 286; *GK-Kreutz/Franzen*, § 47 Rn. 9.

²³⁴ *HWGNRH-Glock*, § 47 Rn. 3; *DKW-Deinert*, § 47 Rn. 5; vgl. auch BAG 23.9.1980 – 6 ABR 8/78, AP Nr. 4 zu § 47 BetrVG 1972, Bl. 2.

²³⁵ *Lipperheide*, S. 90ff.

²³⁶ *GK-Franzen*, § 54 Rn. 44; *MünchArbR-Oetker*, § 13 Rn. 164; *MünchArbR-Boemke*, § 284 Rn. 28; *Gaul*, BB 1990, 697, 703; weitergehend *Birk*, FS Schnorr von Carolsfeld, 1972, S. 61, 85; anders aber *ders.*, FS Trinkner, 1995, S. 461, 473; weitergehend auch *Däubler*, *RabelsZ* 39 (1975), 444, 462ff.

²³⁷ *Schmid/Martin*, AuA 2016, 599, 602; i.E. ebenso *Buchner*, FS Birk, 2008, S. 11, 19ff.; ungenau daher *Fitting*, § 54 Rn. 37; *Wollwert*, S. 112.

Anders als im Falle eines inländischen Teilkonzerns²³⁸ sind sämtliche Betriebsräte bzw. Gesamtbetriebsräte, die für inländische Betriebe gewählt bzw. gebildet wurden, an der Bildung des Konzernbetriebsrats auch bei einer ausländischen Leitung beteiligt.

Entsprechendes gilt umgekehrt auch bei einer inländischen Konzernspitze: Ein Konzernbetriebsrat kann nur errichtet werden durch Betriebsräte und Gesamtbetriebsräte für inländische Betriebe.

Im Ergebnis läuft dies darauf hinaus, dass nur inländische Betriebe durch einen Konzernbetriebsrat repräsentiert werden.²³⁹ Das folgt aber nicht aus dem Territorialitätsprinzip, sondern aus der Struktur des BetrVG. Selbst wenn man dem Territorialitätsprinzip folgen würde, schliesse dies nicht aus, dass ein Konzernbetriebsrat für die inländischen Arbeitnehmer bzw. deren Vertretungen errichtet wird. In ähnlicher Weise lässt die französische Rechtsprechung, die ebenfalls dem Territorialitätsprinzip folgt, es auf unterster Vertretungsstufe schon genügen, wenn eine Mehrzahl von Arbeitnehmern im Inland beschäftigt wird, ohne dass es auf die Struktur der Einrichtung des Arbeitgebers ankäme.²⁴⁰

Dieses Ergebnis passt recht gut zu der Vorstellung des europäischen Gesetzgebers, der mit dem Europäischen Betriebsrat eine ergänzende Ebene der Information und Konsultation der Arbeitnehmer für grenzüberschreitende Sachverhalte vorsieht. Denn die EBR-Richtlinie erfasst nach ihrem Art. 1 die länderübergreifende Unterrichtung und Anhörung in gemeinschaftsweit operierenden Unternehmen und Unternehmensgruppen. Dadurch wird letztlich die nationale Begrenztheit, die auch im Falle eines Konzernbetriebsrats nach dem BetrVG bei ausländischer Leitung bleibt, überwunden.

c) Ansprechpartner des Konzernbetriebsrats

Eine andere Frage ist, welches Unternehmen Ansprechpartner für einen Konzernbetriebsrat ist, wenn das herrschende Unternehmen seinen Sitz im Ausland hat. In einer letzten Randnummer seiner jüngsten Entscheidung erkennt das

²³⁸ Vgl. *Dzida/Hohenstatt*, NZA 2007, 945, 948.

²³⁹ Vgl. auch *DKW-Däubler*, Einleitung Rn. 245; *Junker*, Internationales Arbeitsrecht im Konzern, S. 395f., der – inkonsequent im Hinblick auf die Betriebsanknüpfung – allerdings auf die Repräsentation inländischer Unternehmen abstellt.

²⁴⁰ Vgl. m.w.N. *Deinert*, Internationales Arbeitsrecht, § 17 Rn. 12.

BAG, dass letztlich genau hierauf abzustellen ist.²⁴¹ Anstatt allerdings daraus die richtige Konsequenz zu ziehen, dass ein Konzernbetriebsrat zu errichten sei, verneint es die Rechtsfolge mit dem Argument, die unausgesprochen als sozialer Gegenspieler vorausgesetzte Konzernleitung könne nicht durch die Summe der konzernangehörigen inländischen Unternehmen substituiert werden. Richtig wäre es gewesen, nicht den Gesetzesbefehl zu leugnen, sondern nach dem richtigen Ansprechpartner zu suchen. Das Arbeitsgericht Hamburg hat in dem Zusammenhang richtig erkannt, dass in erster Linie zu fragen ist, von wem die Initiative für eine Maßnahme ausgeht.²⁴² Insofern können es auch inländische konzernangehörige Unternehmen sein, die im konkreten Fall Ansprechpartner des Konzernbetriebsrats sind. Nicht anders stellt sich die Lage im Fall der Auftragszuständigkeit nach § 58 Abs. 2 BetrVG dar. Dann ist es das Unternehmen, in dem der beauftragende Gesamtbetriebsrat errichtet wurde. Nichts anderes gilt umkehrt im Fall der Ausübung von Initiativrechten: So können inländische Unternehmensleitungen Ansprechpartner sein, namentlich im Fall der Auftragszuständigkeit.

Doch was gilt, wenn eine Maßnahme von der Konzernspitze initiiert wird oder es um eine konzernweite, vom Konzernbetriebsrat initiierte Maßnahme geht? Grundsätzlich steht das Internationale Privatrecht der Vorstellung, dass ein Rechtssubjekt des Auslands einem für dieses Rechtssubjekt fremden Sachstatut unterliegt, nicht fern. Ein Arbeitgeber mit Sitz im Ausland kann daher durchaus in einem Arbeitsverhältnis zu einem Arbeitnehmer stehen, auf das deutsches Recht nach Art. 3, 8 Rom I-Verordnung anwendbar ist. Nicht anders ist es hier: Ansprechpartner des Konzernbetriebsrats ist das herrschende Unternehmen.²⁴³ Allerdings könnte eine Konzernleitung im Ausland sich allzu leicht der Mitbestimmung durch bloße Verweigerung entziehen. Das spricht dafür, sollte sie nicht selber als Ansprechpartner dem Konzernbetriebsrat gegenüberreten, dass auch hier eine Verpflichtung aus § 2 BetrVG folgt, einen kompetenten Ansprechpartner im Inland zu benennen.

Unterbleibt dies, wäre zu diskutieren, ob §§ 5 Abs. 3 MitbestG, 11 Abs. 3 PubLG herangezogen werden können, die beide das Fehlen eines greifbaren herrschen-

²⁴¹ BAG 23.5.2018 – 7 ABR 60/16, AP Nr. 19 zu § 54 BetrVG 1972, Rn. 30; so auch *M. Schmidt*, NZA 2020, 492, 494f.

²⁴² ArbG Hamburg 19.7.2006 – 18 BV 11/06, Rn. 32.

²⁴³ ArbG Hamburg 19.7.2006 – 18 BV 11/06, Rn. 32; *Schlüpers-Oehmen*, S. 101; *Deinert*, FS Marhold, 2020, S. 457, 468.

den Unternehmens betreffen, und das inländische Unternehmen, das der Konzernspitze nächstgelegene ist, als Ansprechpartner ansehen.²⁴⁴

Einer Analogie zu §§ 5 Abs. 3 MitbestG, 11 Abs. 3 PubliG hält das BAG in anderem Zusammenhang (bei der Frage einer Anwendung des § 54 BetrVG überhaupt im Falle einer Konzernleitung im Ausland) entgegen, es fehle an der Vergleichbarkeit der Sachverhalte. Denn hier entfalle die Mitbestimmung nicht vollständig, sondern werde nur auf eine andere Ebene, nämlich die der Gesamtbetriebsräte verlagert.²⁴⁵ Dass das im Ausgangspunkt unzutreffend ist, wurde bereits an anderer Stelle (s.o. II. 1.) ausgeführt. Überdies wendet das BAG in seinen Überlegungen zu einer Analogie zu § 5 Abs. 3 MitbestG aber ein, der Gesetzgeber habe durchaus unterschiedliche Regelungsmöglichkeiten. Neben § 5 Abs. 3 MitbestG komme auch die „näher am Zweck der betrieblichen Mitbestimmung orientierte“ obligatorische Verlagerung von Leitungsmacht in das Inland, die bei § 2 Abs. 2 EBRG gewählt wurde, in Betracht.

Das ist ein durchaus beachtliches Argument. Denn in der Tat ist es gerade der Sinn der korrespondierenden Regelung des Art. 2 Abs. 2 der EBR-Richtlinie, dem Europäischen Betriebsrat einen kompetenten Ansprechpartner zu verschaffen. § 2 Abs. 2 EBRG setzt dies hinsichtlich der Anwendbarkeit des Gesetzes um, in dem das EBRG im Falle einer Ersatzspitze im Inland Anwendung findet. Soweit die zentrale Leitung nicht im Inland, aber auch nicht in einem anderen Mitgliedstaat (dann wäre die dortige EBR-Gesetzgebung maßgeblich) liegt, kommt es auf eine nachgeordnete zentrale Leitung, in Ermangelung einer solchen auf einen von der zentralen Leitung benannten Vertreter im Inland, in Ermangelung eines solchen wiederum auf das arbeitnehmerstärkste Unternehmen an. Nach dieser Kaskade bestimmt sich gemäß § 2 Abs. 2 Satz 4 EBRG, welches Unternehmen als zentrale Leitung im Sinne des EBRG gilt. Schon von der Interessenlage her ist die Regelung sachgerechter als eine Analogie zu §§ 5 Abs. 3 MitbestG, 11 Abs. 3 PubliG. Denn es geht darum, einen Ansprechpartner zu finden, der für die ausländische Konzernspitze als inländischer Ansprechpartner des Konzernbetriebsrats auftritt.

In erster Linie ist allerdings die ausländische Konzernspitze vielmehr selbst sozialer Gegenspieler des Konzernbetriebsrats. Die Suche nach einem Ersatzansprechpartner für den Fall, dass die Konzernspitze selber nicht dem Konzernbetriebsrat als sozialer Gegenspieler gegenüberzutreten möchte, ist wegen eines

²⁴⁴ Vgl. auch *Deinert*, Internationales Arbeitsrecht, § 17 Rn. 52.

²⁴⁵ BAG 14.2.2007 – 7 ABR 26/06, AP Nr. 13 zu § 54 BetrVG 1972, Rn. 59ff.

Normenmangels notwendig, so dass eine Angleichung erforderlich ist. Der Normenmangel folgt letztlich daraus, dass es bei einer inländischen Konzernspitze der Regelung eines solchen Ersatzansprechpartners gar nicht bedarf. Die Angleichung lässt sich dann am besten durch materiellrechtliche Korrektur im Wege der Analogie zu § 2 Absatz 2 EBRG bewerkstelligen.

Wenn das BAG in dem Kontext, dass es mangels inländischer Teilkonzernspitze eines sozialen Gegenspielers ermangele, weiterhin ausführt, es könne nicht der Entscheidung einer im Ausland ansässigen Konzernobergesellschaft überlassen bleiben, wie sie den Anforderungen der Konzernmitbestimmung gerecht werde, derartiges sehe das BetrVG nicht vor, ist das zwar im Grundsatz richtig.²⁴⁶ Das Gericht verkennt aber, dass man es hier mit einem Angleichungsproblem infolge Normenmangels zu tun hat. Selbstverständlich sieht das BetrVG Derartiges nicht vor, weil es beim Normalfall des Inlandssachverhalts einer solchen Regelung nicht bedarf. Gerade darum wird die Angleichung ja erforderlich.

Die Heranziehung des § 2 Abs. 2 EBRG passt auch besser als die ebenfalls diskussionswürdige Erwägung, auf § 59 Abs. 2 BetrVG abzustellen²⁴⁷. Denn letztere Bestimmung zielt auf die Ermittlung des sach nächsten Gesamtbetriebsrats für die Einladung zur konstituierenden Sitzung. Das betrifft die sach nächste Einrichtung auf Arbeitnehmerseite, während § 2 Abs. 2 EBRG auf die Arbeitgeberseite und deren Leitungsstrukturen rekurriert.

4. Mitbestimmung bei Aktienoptionsplänen der ausländischen Konzernmutter

Legt der Arbeitgeber einen Aktienoptionsplan auf, handelt es sich bei der Gewährung von Aktienoptionen um Entgelt aus dem Arbeitsverhältnis.²⁴⁸ Mitbestimmungsrechtlich kann es dabei als gesichert angesehen werden, dass Aktienoptionspläne und die Ausgabe von Belegschaftsaktien durch den Arbeitgeber dem Mitbestimmungsrecht nach § 87 Abs. 1 Nr. 10 BetrVG unterliegen.²⁴⁹ Der

²⁴⁶ BAG 23.5.2018 – 7 ABR 60/16, AP Nr. 19 zu § 54 BetrVG 1972, Rn. 27.

²⁴⁷ Dafür DKW-Wenckebach, Vor § 54 Rn. 24.

²⁴⁸ Vgl. etwa Nehls/Sudmeyer, ZIP 2002, 201ff.; Schmitker/Grau, BB 2002, 2497ff.

²⁴⁹ BAG 28.11.1989 – 3 AZR 118/88, NZA 1990, 559, 560; Gamillscheg, Kollektives Arbeitsrecht II, S. 933; Fitting, § 87 Rn. 414f., 434, 451; ErfK-Kania, § 87 BetrVG Rn. 97; DKW-Klebe, § 87 BetrVG Rn. 328; Richardi-Richardi, § 87 Rn. 759; GK-Wiese/Gutzeit, § 87 Rn. 852; Baeck/Diller, DB 1998, 1405, 1410; Buhr/Radke, DB 2001, 1882, 1886; Otto/Mückel, DB 2009, 1594, 1597.

Arbeitgeber kann sich dem Mitbestimmungsrecht auch nicht unter Hinweis auf Vorgaben einer Konzernmutter mit Sitz im Ausland entziehen.²⁵⁰ Zwar mag dies dazu führen, dass der Arbeitgeber von einem Aktienoptionsprogramm absieht,²⁵¹ doch muss letztlich der Betriebsrat entscheiden, ob er sich auf dieses Risiko einlassen oder sein Mitbestimmungsrecht nur in der Weise ausüben möchte, dass auf entsprechende Vorgaben einer Konzernleitung Rücksicht genommen wird. Diese Strategie des Arbeitgebers kann zwar mit Rücksicht auf § 2 BetrVG an Grenzen stoßen, weil es gegen den Grundsatz der vertrauensvollen Zusammenarbeit verstieße, wenn der Arbeitgeber sich nicht auf einen Einigungsversuch einlässt.²⁵² Doch wird es sich in einem internationalen Konzern letztlich kaum verhindern lassen, wenn die Konzernleitung deutsche Belegschaften von Aktienoptionsprogrammen wegen ihrer „renitenten Betriebsräte“ ausnimmt.

Die Mitbestimmung bezieht sich insbesondere auf die Frage der Verteilung auf die begünstigten Beschäftigten; demgegenüber ist insbesondere die Frage, ob überhaupt Aktienoptionen ausgegeben werden, in welchem Umfang dies geschieht und zu welchem Zweck, mitbestimmungsfrei.²⁵³

Allerdings werden Aktienoptionspläne häufig von Konzernleitungen (auch) für die Arbeitnehmer der übrigen konzernangehörigen Unternehmen aufgelegt. Hier stellt sich die Frage eines Mitbestimmungsrechts des Betriebsrats bei konzernangehörigen Unternehmen.

a) Strikte rechtliche Trennung

Der Optionsgewährungsvertrag ist nicht als Arbeitsverhältnis zu qualifizieren und daher selbstständig nach Art. 3, 4 Rom I-Verordnung anzuknüpfen.²⁵⁴ Dass der Bestand eines Arbeitsverhältnisses letztlich Voraussetzung für den Vertrag zur Muttergesellschaft ist, macht diesen nicht zum Arbeitsverhältnis im Sinne

²⁵⁰ *Fitting*, § 87 Rn. 451; *Fischer*, BB 2000, 562, 563; a.A. *Baeck/Diller*, DB 1998, 1405, 1411; *Buhr/Radke*, DB 2001, 1882, 1886; *Otto/Mückl*, DB 2009, 1594, 1597; *Zaumseil*, NZA 2019, 1331, 1333.

²⁵¹ Vgl. *Baeck/Diller*, DB 1998, 1405, 1411; *Buhr/Radke*, DB 2001, 1882, 1886.

²⁵² *Fischer*, BB 2000, 562, 563, unter Bezugnahme auf BAG 26.5.1998, AP Nr. 98 zu § 87 BetrVG 1972 Lohngestaltung.

²⁵³ *Baeck/Diller*, DB 1998, 1405, 1410f.

²⁵⁴ *Driver-Polke/Melot de Beauregard*, BB 2004, 2350ff.; *Franzen*, AR-Blattei SD 920 Rn. 135; *Junker*, FS Kropholler, 2008, S. 481, 491; *Häferer/Burger*, NZA 2020, 143, 148; *Münch-Komm-Martiny*, Art. 8 Rom I-VO Rn. 109; a.A. *MünchArbR-Oetker*, § 13 Rn. 98.

des Art. 8 Rom I-Verordnung,²⁵⁵ rechtfertigt aber unter Umständen die Anwendung der Ausweichklausel des Art. 4 Abs. 3 Rom I-Verordnung im Sinne einer akzessorischen Anknüpfung des Vertrages an das Arbeitsvertragsstatut.²⁵⁶ Demgegenüber ist das Arbeitsverhältnis regelmäßig nach Art. 8 Rom I-Verordnung anzuknüpfen. In vielen Fällen führen diese Regelungen dazu, dass Optionsgewährungsvertrag und Arbeitsverhältnis unterschiedlichen Statuten unterfallen. Die Frage der rechtlichen Trennung wird dadurch aber nicht berührt.

Gewährt eine Konzernmutter Arbeitnehmern von Tochterunternehmen Aktienoptionen, so handelt es sich zunächst um eine rechtliche Beziehung zwischen der Konzernmutter und den betreffenden Arbeitnehmern.²⁵⁷ Die Rechtsprechung geht insoweit von einer strikten Trennung der Rechtsverhältnisse aus. Dementsprechend ergeben sich aus einer solchen Vereinbarung keinerlei Ansprüche gegenüber dem Vertragsarbeitgeber. Beide Rechtsverhältnisse stünden selbstständig nebeneinander.²⁵⁸ Die Rechtsprechung räumt zwar ein, dass die Gewährung von Aktienoptionen einen Bezug zum Arbeitsverhältnis mit einem konzernangehörigen Unternehmen hat. Diese stünde aber „nicht immer in demselben synallagmatischen Verhältnis zur Arbeitsleistung“ wie die vom Arbeitgeber geschuldete Vergütung.²⁵⁹ Was damit gemeint ist, bleibt aber letztlich im Dunkeln. Dass Vorteile aus der Ausübung von Aktienoptionen der Konzernmutter steuerrechtlich als Arbeitslohn zu versteuern seien,²⁶⁰ sei unerheblich, denn die steuerrechtliche Qualifizierung ersetze nicht den schuldrechtlichen Verpflichtungsgrund.²⁶¹

In der ersten Entscheidung, in der es um diese Frage der rechtlichen Trennung beider Verträge ging, hat das BAG im Übrigen ausgeführt, dass diese Trennung dazu führe, dass im Falle eines Betriebsübergangs keine Ansprüche gegen den Betriebserwerber bestünden. Mit einer Umgehung des § 613a BGB habe das nichts zu tun. Die Aktionäre der Konzernmutter könnten eigene Zwecke verfolgen, dabei wies der Senat darauf hin, dass Aktienoptionspläne ein Anreizsystem

²⁵⁵ Zumind. für eine arbeitsrechtliche Qualifizierung aber *Buhr/Radtke*, DB 2001, 1882, 1883.

²⁵⁶ *Deinert*, Internationales Arbeitsrecht, § 12 Rn. 34

²⁵⁷ BAG 12.2.2003 – 10 AZR 299/02, AP Nr. 243 zu § 613a BGB, m.zust.Anm. *Lingemann* (= BB 2003, 1068, m.zust.Anm. *Lembke* = DB 2003, m.zust.Anm. *Piran*).

²⁵⁸ BAG 12.2.2003 – 10 AZR 299/02, AP Nr. 243 zu § 613a BGB, Rn. 53; BAG 16.1.2008 – 7 AZR 887/06, AP Nr. 144 zu § 37 BetrVG 1972, Rn. 17; ebenso *Annuß/Lembke*, BB 2003, 2230, 2231.

²⁵⁹ BAG 12.2.2003 – 10 AZR 299/02, AP Nr. 243 zu § 613a BGB, Rn. 56.

²⁶⁰ Dazu BFH 24.1.2001 – I R 119/98, NZA-RR 2001, 376.

²⁶¹ BAG 12.2.2003 – 10 AZR 299/02, AP Nr. 243 zu § 613a BGB, Rn. 59.

schaffen sollten in der Erwartung besonderer Anstrengungen zur Steigerung des Wertes der Aktie.²⁶² Das BAG hat allerdings klargestellt, dass der Vertragsarbeitgeber, das Tochterunternehmen, gegebenenfalls – u.U. konkludent – auch eine eigene Verpflichtung eingegangen sein kann,²⁶³ etwa indem bereits bei Abschluss des Arbeitsvertrages Aktienoptionen eines anderen Konzernunternehmens in Aussicht gestellt wurden²⁶⁴. Im Übrigen bleibt natürlich die Möglichkeit des Arbeitnehmers, seine Rechte gegenüber der Konzernobergesellschaft zu verfolgen,²⁶⁵ was bei einer im Ausland sitzenden Gesellschaft aber nicht einfach ist.

b) Konsequenz für die Mitbestimmung des Betriebsrats

Kollisionsrechtlich ist insoweit unproblematisch und von der Rechtsprechung bislang auch noch gar nicht diskutiert, dass für den örtlichen Betriebsrat in einem in der Bundesrepublik belegenen Betrieb die Mitbestimmungsrechte nach dem BetrVG maßgeblich sind. Somit stellt sich die Frage nach einem Mitbestimmungsrecht nach § 87 Abs. 1 Nr. 10 BetrVG. Zunächst hat der Betriebsrat ein Mitbestimmungsrecht nach § 87 Abs. 1 Nr. 10 BetrVG, wenn das Arbeitgeber-Unternehmen Aktienoptionen vorab selber erhält, um sie dann an seine Mitarbeiter weiterzugeben.²⁶⁶ Freilich ist die Ausgestaltung des Aktienoptionsplans bei der Muttergesellschaft nicht für die Betriebsparteien verhandelbar.²⁶⁷ Außerdem erkennt die Rechtsprechung durchaus an, dass, soweit der Arbeitgeber als konzernangehöriges Unternehmen Einfluss auf die Gewährung von Aktienoptionen durch ein anderes Konzernunternehmen hat, dem Betriebsrat auch insoweit ein Mitbestimmungsrecht nach § 87 Abs. 1 Nr. 10 BetrVG zukommt.²⁶⁸ Denn es handelt sich nicht um eine zweckfreie Leistung der Kon-

²⁶² BAG 12.2.2003 – 10 AZR 299/02, AP Nr. 243 zu § 613a BGB, Rn. 57; vgl. bereits *Schnitker/Grau*, BB 2002, 2497, 2499.

²⁶³ BAG 12.2.2003 – 10 AZR 299/02, AP Nr. 243 zu § 613a BGB, Rn. 63; BAG 16.1.2008 – 7 AZR 887/06, AP Nr. 144 zu § 37 BetrVG 1972, Rn. 17; so auch *Annuß/Lembke*, BB 2003, 2230, 2232f.

²⁶⁴ BAG 16.1.2008 – 7 AZR 887/06, AP Nr. 144 zu § 37 BetrVG 1972, Rn. 19ff.; vgl. *Schumacher*, NZA 2015, 587, 589.

²⁶⁵ *Lingemann*, Anm. zu BAG 12.2.2003 – 10 AZR 299/02, AP Nr. 243 zu § 613a BGB.

²⁶⁶ *Lingemann/Diller/Mengel*, NZA 2000, 1191, 1197.

²⁶⁷ *Lingemann/Diller/Mengel*, NZA 2000, 1191, 1197.

²⁶⁸ Vgl. BAG 12.6.2019 – 1 ABR 57/17; offengelassen von LAG Baden-Württemberg 9.4.2014 – 19 TaBV 7/13, Rn. 34; ebenso *Buhr/Radke*, DB 2001, 1882, 1886; *Lingemann/Diller/Mengel*, NZA 2000, 1191, 1200; *Willemsen*, FS Wiedemann, 2002, S. 645, 667;

zernmutter, sondern soll auch die Arbeitsleistung des Mitarbeiters vergüten, wenn auch nicht unmittelbar durch den Arbeitgeber. Insofern ist die Behauptung, nach der Rechtsprechung bestehe auch kein Mitbestimmungsrecht bei einem Vorschlagsrecht des Vertragsarbeitgebers, unzutreffend.²⁶⁹

Freilich war es in den von der Rechtsprechung zu entscheidenden Fällen immer so, dass die im Ausland ansässige Konzernmutter dem inländischen Unternehmen keinerlei Einfluss auf die diesbezüglichen Entscheidungen zugestand.²⁷⁰ Zumindest ist es den Betriebsräten nicht gelungen, einen solchen Einfluss zu substantzieren. In diesen Fällen wurde ein Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats verneint, weil der Arbeitgeber die Entscheidung nicht treffe und darauf auch keinen Einfluss habe.²⁷¹ Eine generelle Pflicht, Einfluss auf Entscheidungen der Konzernmutter im Rahmen der Gewährung von Aktienoptionen zu nehmen oder eine solche Einflussnahme zumindest zu versuchen, hat die Rechtsprechung bislang nicht anerkannt.²⁷² Auch verneint sie eine allgemeine Kontrollpflicht gegenüber anderen konzernangehörigen Unternehmen mit Rücksicht auf den Gleichbehandlungsgrundsatz.²⁷³

Dem innovativen Gedanken einer Parallele zu der Vorstellung eines Mitbeurteilungsrechts bei der Eingruppierungsmitbestimmung nach § 99 BetrVG²⁷⁴ hatte das BAG bislang noch keine Gelegenheit nachzugehen. In der Tat zeigt sich hier eine gewisse Ähnlichkeit: Wenn der Arbeitgeber für Aktienoptionen, die die

Zaumseil, NZA 2019, 1331, 1333; a.A. Annufß/Lembke, BB 2003, 2230, 2231f.; krit. auch Sura, Anm. zu BAG 20.3.2018 – 1 ABR 15/17, EWiR 2018, 663.

²⁶⁹ So Häferer/Burger, NZA 2020, 143, 149, unter Bezugnahme in Fn. 103 auf BAG 12.6.2019 – 1 ABR 57/17, Rn. 20. Im Gegenteil geht das Hess.LAG 3.8.2017 – 5 TaBV 23/17, NZA-RR 2018, 305, Rn. 13 von einem Mitbestimmungsrecht bei Vorschlagsrecht des Arbeitgebers aus.

²⁷⁰ Vgl. insb. die Tatbestände bei BAG 23.10.2018 – 1 ABR 18/17, AP Nr. 156 zu § 87 BetrVG Lohngestaltung und BAG 12.6.2019 – 1 ABR 57/17.

²⁷¹ Vgl. Fn. 270; ferner LAG München 11.8.2017 -9 TaBV 34/17, Rn. 61ff.; LAG Baden-Württemberg 9.4.2014 – 19 TaBV 7/13, RDV 2017, 144; LAG Bremen 27.7.2016 – 3 TaBV 2/16, Rn. 36ff.; ebenso GK-Wiesel/Gutzeit, § 87 Rn. 852; i.E. ebenso, allerdings darauf abstellend, wer das Entgelt schuldet, Stoffels/Lembke, Betriebsverfassungsrecht, § 14 Rn. 138; Annufß/Lembke, BB 2003, 2230, 2231; ähnl. wohl auch Piran, Anm. zu BAG 12.2.2003 – 10 AZR 299/02, DB 2003, 1065. Darauf kommt es indes nicht an, Fitting, § 1 Rn. 415.

²⁷² BAG 12.6.2019 – 1 ABR 57/17, Rn. 21; vgl. BAG 23.10.2018 – 1 ABR 18/17, AP Nr. 156 zu § 87 BetrVG Lohngestaltung.

²⁷³ BAG 20.3.2018 – 1 ABR 15/17, AP Nr. 83 zu § 80 BetrVG 1972, Rn. 22ff. (= EWiR 2018, 663, m. Anm. Sura).

²⁷⁴ DKW-Wenckebach, Vor § 54 Rn. 28a.

Konzernmutter dem Arbeitnehmer gewährt, Beiträge und Steuern abführt, ist dies Normenvollzug wie gleichermaßen die tarifvertragliche Eingruppierung. Zu diskutieren wäre allerdings, ob das wirklich noch unter den Tatbestand der Lohngestaltung nach § 87 Abs. 1 Nr. 10 BetrVG fällt. Das ist gut nachvollziehbar, wenn man das Entlohnungsverständnis vom Arbeitsverhältnis gelöst betrachtet und auch Entlohnung durch andere Konzernunternehmen mit einbezieht. Es ist allerdings zu erwarten, dass die Rechtsprechung dem in Hinblick auf die strikte Betrachtung der Vertragsbeziehungen nicht folgen wird.

In der Beziehung zu anderen Konzernunternehmen mit Blick auf Aktienoptionspläne verneint die Rechtsprechung ebenfalls ein Mitbestimmungsrecht, weil der Betriebsrat nur ein Mitbestimmungsrecht bei Entscheidungen des Arbeitgebers, nicht aber bei Entscheidungen Dritter habe.²⁷⁵ Dieses Ergebnis stellt sich als materiellrechtliche Konsequenz dessen dar, dass ein anderes Rechtssubjekt als der Arbeitgeber das Aktienoptionsprogramm auflegt. Insoweit ist es missverständlich, wenn in dem Zusammenhang zur Begründung angeführt wird, die Mitbestimmung scheide aus „wegen des Grundsatzes der Territorialität“.²⁷⁶ Mittelbar ist das indes zutreffend (s.u. e).

c) Mitbestimmung bei eigenständigen Verpflichtungen des Arbeitgebers

In der Konstellation, in der der Arbeitgeber Dritte einschaltet, um seine Pflichten zu erfüllen, oder in der Konstellation, in der Dritte letztlich verbindliche Vorgaben für den Arbeitgeber machen, denen er sich nicht oder nur schwer entziehen kann, werden die Mitbestimmungsrechte des Betriebsrats durch solche Besonderheiten nicht infrage gestellt.²⁷⁷ Selbst gesetzliche Vorgaben eines ausländischen Rechts für den Arbeitgeber sind keine Regelungen, die der Mitbestimmung nach § 87 Abs. 1 Eingangssatz BetrVG entgegenstehen.²⁷⁸ Von solchen Konstellationen unterscheidet sich die Situation aber, wenn der Arbeitgeber vollkommen aus der rechtlichen Beziehung herausgehalten ist, aus der sich der Anspruch ergeben soll. Es geht bei der Aktienoption ja gerade um ein

²⁷⁵ BAG 12.6.2019 – 1 ABR 57/17, Rn. 20; vgl. bereits BAG 20.3.2018 – 1 ABR 15/17, AP Nr. 83 zu § 80 BetrVG 1972, Rn. 21; vgl. etwa *Bauer/Herzberg*, NZA 2011, 713, 717.

²⁷⁶ *Fitting*, § 87 Rn. 415; ebenso *Schumacher*, NZA 2015, 587f.

²⁷⁷ LAG Nürnberg 22.1.2002 – 6 TaBV 19/01, NZA-RR 2002, 247, 248; *DKW-Klebe*, § 87 Rn. 21; a.A. o.Begr. *Schulz/Pfrang*, BB 2018, 1396, 1397.

²⁷⁸ BAG 22.7.2008 – 1 ABR 40/07, AP Nr. 14 zu § 87 BetrVG 1972.

Verhältnis zwischen Konzernmutterunternehmen und Arbeitnehmer, der zu diesem Unternehmen nicht in einem Arbeitsverhältnis steht.²⁷⁹

Es ist allerdings richtig, dass solche Maßnahmen keineswegs ohne Einfluss auf das Arbeitsverhältnis sind. Ja, sie sollen gerade einen solchen Einfluss herstellen, um die Arbeitnehmer zu motivieren. Letztlich handelt die Konzernmutter hier auch im Interesse der Tochtergesellschaft, was aber zugleich auch ein Eigeninteresse der Konzernmutter ist.²⁸⁰ Insoweit honoriert die Muttergesellschaft die Arbeitsleistung. Eine solche Leistung tritt neben den Lohn des Arbeitnehmers aus dem direkten Arbeitsverhältnis zum konzernangehörigen Tochterunternehmen. Mitbestimmungsrechtlich handelt es sich um Arbeitsentgelt.²⁸¹ Eben auf dieser Erwägung beruht ja auch die Regelung des § 38 Abs. 1 Satz 3 EStG, die auch Vergütungen der Konzernmutter einkommensteuerpflichtig macht und auch im Falle der Ausübung eines Optionsrechts anwendbar ist.²⁸² Immerhin lässt die Regelung erkennen, dass der Arbeitnehmer die Aktienoptionen als Entgelt für seine Arbeitsleistung erhält.²⁸³ Außerdem sieht der Gesetzgeber das Arbeitgeberunternehmen in dem Zusammenhang in einer gewissen Verantwortung, insoweit dieses die Lohnsteuer abführen muss.

Im Zweifel wird die Tochtergesellschaft, die eine Aktienoptionsprogramm selber nicht erfüllen kann, allerdings kein Interesse daran haben, sich selber zu verpflichten.²⁸⁴ In dem Zusammenhang wird aber auch ausgeführt, die Konzernmutter handele stellvertretend für die Tochter, diese mache sich die Zusage der Konzernmutter zu Eigen, müsse dann aber auch die Mitbestimmungsrechte achten.²⁸⁵ Das wird zwar nicht streng im stellvertretungsrechtlichen Sinne der §§ 164ff. BGB gemeint sein, zeigt allerdings, dass hier sorgfältig geprüft werden sollte. Wenn der Arbeitgeber im Rahmen von Vertragsverhandlungen oder auch nur gleichsam werbend zum Zwecke der Mitarbeiterbindung auf das Aktienoptionsprogramm der Konzernleitung hinweist, spricht dies dafür, dass er sich in der Tat die Leistungen der Konzernmutter zu Eigen macht. Aus Sicht des Arbeitnehmers kann dies nach Treu und Glauben gemäß §§ 133, 157 BGB als

²⁷⁹ A.A. DKW-Klebe, § 87 Rn. 328.

²⁸⁰ *Fitting*, § 87 Rn. 415; vgl. *Lipinski/Melms*, DB 2003, 150, 152.

²⁸¹ *Fitting*, § 87 Rn. 415; vgl. auch *Lipinski/Melms*, DB 2003, 150, 152.

²⁸² S.o. Fn. 260.

²⁸³ Vgl. BFH 24.1.2001 – I R 119/98, NZA-RR 2001, 376 378; ferner *Lipinski/Melms*, DB 2003, 150,

²⁸⁴ *Willemsen*, FS Wiedemann, 2002, S. 645, 656.

²⁸⁵ DKW-Klebe, § 87 Rn. 328.

Schuldbeitritt zu verstehen sein.²⁸⁶ Umgekehrt kann auch das Verhalten der Konzernmutter im Zusammenhang mit der Information über Aktienoptionspläne als Stellvertretung des Vertragsarbeitgebers aus Sicht des Arbeitnehmers erscheinen. Soweit es in dem Zusammenhang an einer Vollmacht im Sinne des § 167 BGB fehlt, kommt eine Bindung des Arbeitgebers nach den Grundsätzen der Duldungsvollmacht²⁸⁷ in Betracht.

In solchen Fällen einer auch eigenen Verpflichtung kann der Arbeitgeber sich dann nicht mehr darauf zurückziehen, dass er keinen Einfluss habe, das Mitbestimmungsrecht greift ein.²⁸⁸ Es macht also durchaus aus Sicht der Betriebsräte Sinn, entsprechendes Verhalten des Arbeitgebers und der Konzernmutter in das Verfahren einzuführen, damit die Gerichte deren Verhalten sorgfältig prüfen. Dabei hat der 7. Senat des BAG in seiner Entscheidung vom 16.1.2008 durchaus eine entsprechende Bereitschaft signalisiert und im Rahmen einer Zurückverweisung dem LAG aufgegeben, das Zustandekommen einer entsprechenden vertraglichen Vereinbarung zwischen Betriebsratsmitglied und Arbeitgeber zu prüfen.²⁸⁹

d) Einladung zur Umgehung der Mitbestimmungsrechte

Das Verständnis der Rechtsprechung im Sinne einer strikten rechtlichen Trennung der vertraglichen Beziehungen mit verschiedenen Konzernunternehmen ist nachvollziehbar auf der Grundlage des konzernrechtlichen Trennungsprinzips zwischen verschiedenen juristischen Personen im Konzern. Allerdings erscheint es geradezu als Einladung an Arbeitgeber, hiervon Gebrauch zu machen.²⁹⁰ Dabei ist die Vorstellung, dass diese Trennung durch arbeitsrechtliche Wertungen überspielt wird, nicht neu. So hat es die frühere Rechtsprechung dem Arbeitgeber in bestimmten Konstellationen versagt, sich auf die Trennung zu berufen und einen Berechnungsdurchgriff etwa bei der Sozialplandotierung anerkannt.²⁹¹ Auch hat sich das BAG bei der Frage der Errichtung eines Konzernbetriebsrats im Falle eines Konzerns im Konzern nicht mit gesellschaftsrechtlichen Fragen herumgeschlagen, sondern unter Bezugnahme auf das be-

²⁸⁶ Vgl. auch *Willemsen*, FS Wiedemann, 2002, S. 645, 657

²⁸⁷ Vgl. dazu m.w.N. MünchKomm-Schubert, § 167 Rn. 106ff.

²⁸⁸ *Fitting*, § 87 Rn. 415.

²⁸⁹ BAG 16.1.2008 – 7 AZR 887/06, AP Nr. 144 zu § 37 BetrVG 1972.

²⁹⁰ Vgl. *Lipinski/Melms*, DB 2003, 150, 153f.

²⁹¹ Näher unten 5 a.

sondere arbeitsrechtliche Schutzanliegen eine eigenständige betriebsverfassungsrechtliche Lösung der Problematik angestrebt.²⁹²

Gerade dort, wo eine Konzernmutter Einfluss auf die Arbeitsvertragsbeziehung zu nehmen versucht, liegt es nicht fern, daraus auch arbeitsrechtlich besondere Schlussfolgerungen zu ziehen. Von daher überrascht es geradezu, wenn der 10. Senat sich darauf beruft, dass die Aktionäre der Konzernmutter mit Aktienoptionsprogrammen eigenständige Motive verfolgten, diese sodann aber darin identifiziert, dass die Arbeitnehmer sich im Rahmen ihres Arbeitsverhältnisses besonders für den Wert der Aktie einsetzen sollen. Insoweit ist das Steuerrecht viel fortschrittlicher, weil es eben diesen Umstand bei der Besteuerung berücksichtigt.

Ein weiteres Beispiel, das zeigt, wie sehr andere Konzernunternehmen auf die Arbeitsverhältnisse Einfluss nehmen können zeigt die Entscheidung des 7. Senats vom 16.1.2008.²⁹³ Darin ging es um die Vergütung eines Betriebsratsmitglieds nach Maßgabe des § 37 Abs. 4 BetrVG. Den Vergleichsarbeitnehmern waren entsprechende Aktienoptionen durch die Konzernmutter gewährt worden, dem betreffenden Betriebsratsmitglied nicht. Der Senat hat lediglich geprüft, ob der Arbeitgeber auch eine eigene Verpflichtung in Bezug auf die Aktienoptionen eingegangen war, und hat dies verneint. Ansonsten hielt der Senat es allenfalls für möglich, dass Ansprüche auf das Benachteiligungsverbot des § 78 Satz 2 BetrVG gestützt werden, wenn der Arbeitgeber durch eigenes Verhalten Einfluss auf die Einbeziehung des Betriebsratsmitglieds in das Aktienoptionsprogramm genommen hat.²⁹⁴ Dass die Konzernmutter auf diese Weise versucht, Einfluss zu nehmen auf Betriebsräte, mag dem Senat gar nicht in den Sinn gekommen sein. Der Sache nach ist das nach dieser Entscheidung aber ohne weiteres möglich.

In einem Verfahren hatte der antragstellende Betriebsrat beanstandet, dass die Verneinung eines Mitbestimmungsrechts im Falle der Aktienoptionsgewährung durch die Konzernmutter zu empfindlichen mitbestimmungsrechtlichen Schutzlücken führe. Ergänzend wird in der Literatur darauf hingewiesen, dass anderenfalls das Mitbestimmungsrecht im globalen Konzern allzu leicht umgangen werden könne.²⁹⁵ Das BAG hat dies mit der sehr formalen Begründung abgetan, dass § 87 Abs. 1 Nr. 10 BetrVG darauf abziele, die Arbeitnehmer

²⁹² BAG 21.10.1980 – 6 ABR 41/78, AP Nr. 1 zu § 54 BetrVG 1972, m. zust. Anm. *Fabrizius*.

²⁹³ BAG 16.1.2008 – 7 AZR 887/06, AP Nr. 144 zu § 37 BetrVG 1972.

²⁹⁴ BAG 16.1.2008 – 7 AZR 887/06, AP Nr. 144 zu § 37 BetrVG 1972, Rn. 25.

²⁹⁵ *DKW-Klebe*, § 87 Rn. 328.

gleichberechtigt an Entscheidungen des Arbeitgebers in Bezug auf die Vergütung teilhaben zu lassen. Wo es an einer eigenen Entscheidung des Arbeitgebers oder zumindest dessen Mitwirkung bei einer durch Dritte getroffenen Entscheidung fehle, bestehe kein Raum für die Mitbestimmung.²⁹⁶ Gerade dies aber macht deutlich, woran es eigentlich fehlt, nämlich an der Mitbestimmung auf Konzernebene (s.o. II. und III. sowie V. 3.).

e) Das Verhältnis zur Konzernmutter: Problematisches Fehlen eines Konzernbetriebsrats

Was die Rechtsbeziehungen zur ausländischen Konzernmutter angeht, ist für die individualrechtlichen Verhältnisse davon auszugehen, dass sie einer selbstständigen Anknüpfung nach Art. 3, 4 Rom I-Verordnung als vertragliche Schuldverhältnisse unterliegen, wenn auch der Bestand eines Arbeitsvertrages zu einem Konzernunternehmen regelmäßig vorausgesetzt wird, handelt es sich nicht um ein Arbeitsverhältnis im Sinne von Art. 8 Rom I-Verordnung (s.o. a).

Die Mitbestimmung des Betriebsrats richtet sich wiederum im Falle von Arbeitnehmern, die in einem inländischen Betrieb arbeiten, nach dem BetrVG. Allerdings hat der Betriebsrat kein Mitbestimmungsrecht gegenüber der ausländischen Konzernmutter. Dasselbe gilt für einen Gesamtbetriebsrat. Soweit es allerdings um konzerneinheitliche Grundsätze der Gewährung von Aktienoptionen geht, wäre im Hinblick auf die konzernbezogene Reichweite prinzipiell eine Zuständigkeit des Konzernbetriebsrats nach § 58 BetrVG gegeben.²⁹⁷ Das setzt freilich voraus, dass es einen Konzernbetriebsrat gibt. An dieser Stelle tut sich wiederum eine empfindliche Mitbestimmungslücke durch die Verneinung der Möglichkeit zur Errichtung eines Konzernbetriebsrats bei ausländischer Konzernmutter auf.²⁹⁸ Eine Ausnahme ergibt sich nur für den Fall der inländischen Teilkonzernspitze mit verbleibenden eigenen Entscheidungsspielräumen hinsichtlich mitbestimmungspflichtiger Angelegenheiten. Insoweit erweist es sich durchaus als Folge des Territorialitätsprinzips, dass die Mitbestimmung bei Aktienoptionsprogrammen ausländischer Konzernleitungen versagt.²⁹⁹

Freilich wird in der Literatur darauf hingewiesen, dass nach den Vorstellungen des 7. Senats die Gesamtbetriebsräte bzw. Einzelbetriebsräte die Rechte eines

²⁹⁶ BAG 12.6.2019 – 1 ABR 57/17, Rn. 22.

²⁹⁷ Baeck/Diller, DB 1998, 1405, 1412; Bauer/Herzberg, NZA 2011, 713, 718; vgl. DKW-Deinert, § 50 Rn. 94.

²⁹⁸ So auch Wollwert, S. 185ff.

²⁹⁹ Vgl. Fitting, § 87 Rn. 415.

Konzernbetriebsrats bei ausländischer Konzernleitung wahrnehmen könnten³⁰⁰, diese Möglichkeit habe der 1. Senat des BAG allerdings nicht aufgegriffen^{301, 302}. Zu Recht, denn die Erwägung einer Zuständigkeitsverschiebung ist unzutreffend (s.o. II. 1.).

Da bzw. soweit der Vertragsarbeitgeber keinen Einfluss auf die Gewährung von Aktienoptionen durch die Konzernmutter hat, wird auch deutlich, dass die Verweisung des BAG auf die Ausübung von Mitbestimmungsrechten durch die Gesamtbetriebsräte der konzernangehörigen inländischen Unternehmen (s.o. I.) ins Leere geht. Dem Betriebsrat bzw. Gesamtbetriebsrat wird das Mitbestimmungsrecht gerade auch unter Hinweis darauf versagt, dass der Arbeitgeber keine Entscheidungsspielräume habe, so dass insoweit auch nichts mitzubestimmen sei.³⁰³

f) Zwischenergebnis

Wo die Ausgabe von Aktienoptionen allein in der Hand der Konzernmutter liegt und die Konzerntöchter keinerlei Einfluss darauf haben, fehlt es an Mitbestimmungsrechten der Betriebsräte und Gesamtbetriebsräte bei den Tochterunternehmen. Freilich bedarf es im Einzelfall sorgfältiger Prüfung, ob ein Tochterunternehmen wirklich keinerlei Bezug zum Aktienoptionsprogramm hat und insbesondere selber keine vertraglichen Verpflichtungen eingegangen ist.

Soweit die Konzernmutter Aktienoptionen an Arbeitnehmer von Tochterunternehmen ausgibt, fällt die Mitbestimmung vielmehr in die Zuständigkeit eines Konzernbetriebsrats. Insofern ist es folgerichtig, wenn der 1. Senat des BAG den anderen Repräsentationsstufen keine Mitbestimmungsrechte zugesteht. Um es deutlich zu sagen: Der 1. Senat des BAG hat hier der These des 7. Senats von der Ersatzzuständigkeit der Gesamt- und gegebenenfalls Einzelbetriebsräte eine herbe Abfuhr erteilt! Auch wenn er die Zuständigkeit eines eventuellen Konzernbetriebsrats nicht angesprochen hat, ist doch keineswegs davon auszugehen, dass es sich um ein bloßes Versehen gehandelt hat und der 1. Senat an dieser Stelle die Divergenz nicht bemerkt hätte. Möglicherweise liegt hier ein Streitpotential zwischen den Senaten des BAG, das noch zu einer Anrufung des Großen Senats nach § 45 Abs. 2 und 3 ArbGG führen könnte.

³⁰⁰ S.o. Fn. 22.

³⁰¹ BAG 12.6.2019 – 1 ABR 57/17.

³⁰² *Fitting*, § 54 Rn. 34h. Das übersieht *Zaumseil*, NZA 2019, 1331ff.

³⁰³ BAG 12.6.2019 – 1 ABR 57/17, Rn. 22.

5. Berechnungsdurchgriff auf (ausländische) Konzernmutter und Durchgriffshaftung

a) Grundsatz

i. Ausgangsfrage

Insbesondere bei Sozialplanleistungen, bei denen es nach § 112 Abs. 5 Satz 1 BetrVG auf die Frage der wirtschaftlichen Vertretbarkeit der Entscheidung der Einigungsstelle für das Unternehmen ankommt, stellt sich das Problem, ob in einer Konzernbeziehung allein auf das Arbeitgeber-Unternehmen abzustellen ist oder ein sogenannter Berechnungsdurchgriff, auch als Bemessungsdurchgriff bezeichnet, auf andere Konzernunternehmen erfolgen kann. Dabei kommt ein Berechnungsdurchgriff in Betracht, wenn die wirtschaftliche Leistungsfähigkeit des Unternehmens eine substantielle Milderung der Nachteile aus der Betriebsänderung für die Arbeitnehmer nicht mehr zuließe und das Gesamtvolumen die wirtschaftlichen Verhältnisse des Unternehmens überschreitet.³⁰⁴

Teils wird allerdings in der Literatur befürwortet, bei der Sozialplandotierung insgesamt auf die wirtschaftliche Lage eines Konzerns abzustellen.³⁰⁵ Dafür mag es gute Gründe geben, insbesondere im Hinblick darauf, dass die Steuerungsfunktion der §§ 111ff. BetrVG hinsichtlich einer sozialverträglichen Unternehmenspolitik versagt, wenn die eigentlichen Entscheidungsträger nicht die sozialen Lasten zu tragen haben, sondern diese auf die Arbeitnehmer des Tochterunternehmens und die Gesellschaft als Ganzes abwälzen können.³⁰⁶ Allerdings muss dies letztlich ein rechtspolitischer Appell bleiben, weil der Gesetzgeber in § 112 Abs. 5 BetrVG gerade nicht auf die wirtschaftliche Lage des Konzerns, sondern auf die des Unternehmens abstellt.³⁰⁷ § 112 Abs. 5 Satz 2 Nr. 2 Satz 2 BetrVG bestätigt dies letztlich, weil der Gesetzgeber hier ausdrücklich zwischen

³⁰⁴ BAG 24.8.2004 – 1 ABR 23/03, AP Nr. 174 zu § 112 BetrVG 1972; Willemsen/Hohenstatt/Schweibert/Seibt-Schweibert, C Rn. 325.

³⁰⁵ So m.w.N. DKW-Däubler, §§ 112, 112a Rn. 192a; ferner *ders.*, Das Arbeitsrecht 2, Rn. 1388; mit Einschränkungen für den einfachen faktischen Konzern auch Nick, S. 228ff.; a.A. LAG Berlin-Brandenburg 18.10.2018 – 21 TaBV 1372/17, AuR 2019, 190; GK-Oetker, §§ 112, 112a Rn. 446; Hako-BetrVG-Steffan, §§ 112, 112a Rn. 63; Gamillscheg, Kollektives Arbeitsrecht II, S. 1140, 1149; Brüsseler/Rothkegel, AiB 2010, 108, 111; Glaubitz, FS Hanau, 1999, S. 403, 409; Oetker, FS Wank, 2014, S. 383, 386ff.; Schubert, FS v.Hoyningen-Huene, 2014, S. 441, 443f.

³⁰⁶ DKW-Däubler, §§ 112, 112a Rn. 192.

³⁰⁷ HWK-Hohenstatt/Willemsen, § 112 BetrVG Rn. 77; Ahrendt, RdA 2012, 340, 341.

Betrieb, Unternehmen und Konzern differenziert.³⁰⁸ Auch die Rechtsprechung stellt bei §§ 111ff. BetrVG grundsätzlich auf die wirtschaftliche Lage des Unternehmens ab.³⁰⁹ Ebenso geschieht dies bei der Anpassungsprüfungspflicht nach § 16 BetrAVG.³¹⁰ Die Frage eines Bemessungsdurchgriffs hat für die Arbeitnehmer im Übrigen den Vorteil, dass im Grundsatz auf die wirtschaftliche Lage des Unternehmens geschaut wird und nur in einem rechtserhaltenden Sinne auf das Vermögen eines anderen Unternehmens, während Sozialplanleistungen nicht etwa begrenzt werden können unter Hinweis auf die allgemein wirtschaftlich schlechte Lage im Konzern, wenn es dem Arbeitgeberunternehmen vergleichsweise besser geht.

Maßgeblich zur Beantwortung der Frage nach einem Bemessungsdurchgriff auf das Vermögen der Konzernobergesellschaft ist, ob ein anderes Unternehmen als Gesellschafter dem sozialplanpflichtigen Arbeitgeber-Unternehmen im Innenverhältnis haften muss.³¹¹ Der Sache nach geht es damit weiterhin letztlich um die wirtschaftliche Vertretbarkeit im Hinblick auf die Vermögenslage des Arbeitgebers.³¹² Denn das BAG sieht darin einen Gleichlauf von Zurechnung und Innenhaftung. Der wegen des Berechnungsdurchgriffs in Anspruch genommene Arbeitgeber muss auch die Möglichkeit haben, sich wegen dieser höheren Belastung beim anderen Konzernunternehmen zu refinanzieren.³¹³

³⁰⁸ WPK-Preis/Bender, §§ 112, 112a Rn. 61; Schubert, FS v.Hoyningen-Huene, 2014, S. 441, 443; Schweibert, NZA 2016, 321, 322; a.A. DKW-Däubler, §§ 112, 112a Rn. 192a; Oetker, FS Wank, 2014, S. 383, 388.

³⁰⁹ BAG 15.1.1991 – 1 AZR 94/90, AP Nr. 21 zu § 113 BetrVG 1972; BAG 15.3.2011 – 1 ABR 97/09, AP Nr. 212 zu § 112 BetrVG 1972.

³¹⁰ BAG 14.12.1993 – 3 AZR 519/93, AP Nr. 29 zu § 16 BetrAVG; BAG 4.10.1994 – 3 AZR 910/93, AP Nr. 32 zu § 16 BetrAVG; BAG 15.1.2013 – 3 AZR 638/10, AP Nr. 89 zu § 16 BetrAVG, Rn. 30.

³¹¹ Schubert, FS v.Hoyningen-Huene, 2014, S. 441, 441f., 444; einschränkend: nur sicher feststehende, bilanziell zu aktivierende Forderungen, Oetker, FS Wank, 2014, S. 383, 390ff.

³¹² Ahrendt, RdA 2012, 340, 341.

³¹³ BAG 15.1.2013 – 3 AZR 638/10, AP Nr. 89 zu § 16 BetrAVG; zust. Oetker, FS Wank, 2014, S. 383, 390f.

ii. Anknüpfung an die Möglichkeit eines Haftungsdurchgriffs

Der BGH verneint einen grundsätzlichen Haftungsdurchgriff wegen Unterkapitalisierung³¹⁴ einer Gesellschaft, ein solcher kann allenfalls als Anspruch der Gesellschaftsgläubiger gegen die Gesellschafter wegen sittenwidriger Schädigung aus § 826 BGB in Betracht kommen.³¹⁵ Da es sich nicht um einen Anspruch der Gesellschaft handelt, kann auf dieser Grundlage auch kein Berechnungsdurchgriff erfolgen.³¹⁶

Demgegenüber kann ein Haftungsdurchgriff wegen Vermögensvermischung³¹⁷ auch einen Berechnungsdurchgriff auf die Gesellschafter ermöglichen.³¹⁸

Ebenfalls kommt ein Berechnungsdurchgriff in Betracht bei einem Beherrschungs- und Gewinnabführungsvertrag nach § 302 AktG,³¹⁹ weil die herrschende Gesellschaft den Gläubigern der abhängigen Gesellschaft nach § 303 AktG Sicherheit leisten muss, was am Ende auch auf eine Befriedigung hinausläuft.³²⁰ Noch nicht geklärt ist, ob weitere Voraussetzung des Berechnungsdurchgriffs die Verwirklichung der Konzerngefahr dadurch ist, dass das beherrschte Unternehmen nicht allein nach seinen wirtschaftlichen Interessen handeln konnte.³²¹ Entsprechendes hat die Rechtsprechung für die Anpassung von Betriebsrentenzusagen nach § 16 BetrAVG angenommen.³²²

Auch kommt ein Berechnungsdurchgriff im Fall eines Verlustübernahmevertrages in Betracht.³²³ Schließlich greifen beim einfachen faktischen Konzern Nachteils- und Schadensersatzansprüche des beherrschten Unternehmens unter den

³¹⁴ Näher zur Problematik m.w.N. Deinert/Heuschmidt/Zwanziger-Deinert, § 5 Rn. 80; vgl. auch Ahrendt, RdA 2012, 340, 345f.

³¹⁵ BGH 28.4.2008 – II ZR 264/06, BGHZ 176, 204 – GAMMA.

³¹⁶ Ahrendt, RdA 2012, 340, 345f.

³¹⁷ LAG Berlin-Brandenburg 18.10.2018 – 21 TaBV 1372/17, AuR 2019, 190.

³¹⁸ Richardi-Annuß, § 112 Rn. 146; DKW-Däubler, §§ 112, 112a Rn. 187; Hako-BetrVG-Steffan, §§ 112, 112a Rn. 63.

³¹⁹ WPK-Preis/Bender, §§ 112, 112a Rn. 62; Ahrendt, RdA 2012, 340, 342; Schubert, FS v. Hoyningen-Huene, 2014, S. 441, 445f.

³²⁰ BGH 16.9.1985 – II ZR 275/84, BGHZ 95, 330 – Autokran (= NJW 1986, 188); vgl. zum Ganzen DKW-Däubler, §§ 112, 112a Rn. 188.

³²¹ Vgl. Deininger-Stierand, NZA 2017, 489, 491; Schweibert, NZA 2016, 321, 323.

³²² BAG 4.10.1994 – 3 AZR 910/93, AP Nr. 32 zu § 16 BetrAVG.

³²³ Ahrendt, RdA 2012, 340, 342

Voraussetzungen der §§ 311, 317 AktG. Soweit diese greifen, kommt ebenfalls ein Berechnungsdurchgriff in Betracht.³²⁴

Ferner muss bei einer Aufspaltung in eine Anlagegesellschaft und eine Betriebsgesellschaft in analoger Anwendung von § 134 UmwG ein Berechnungsdurchgriff vorgenommen werden, der allerdings beschränkt ist auf die durch die Spaltung entzogenen Vermögensteile.³²⁵ Zwar sieht das Gesetz nur eine Haftung für Sozialplanpflichten vor. Allerdings muss nach dem Normzweck auch ein Berechnungsdurchgriff erfolgen, weil die Regelung anderenfalls ins Leere liefe: Wenn der Vermögensentzug zu geringeren Sozialplanleistungen im Hinblick auf die wirtschaftliche Lage des Unternehmensträgers führt, läuft die Haftung des anderen Trägers ins Leere.

iii. Anknüpfen an vertragliche Verpflichtungen des herrschenden Unternehmens

Eine mögliche vertragliche Verpflichtung, die eine Haftung begründet und auch einen Bemessungsdurchgriff rechtfertigen kann, könnte in einer Patronatserklärung liegen. Mit einer sogenannten harten Patronatserklärung verpflichtet sich die Muttergesellschaft zur Haftung für die Verbindlichkeiten der Tochtergesellschaft. Wurde eine solche gegenüber dem Gläubiger abgegeben, kann dieser entsprechend die Forderung einfordern. Eine solche Patronatserklärung im Außenverhältnis, die ein Entstehen für Sozialplanforderungen vorsieht, wird es aber in der Regel nicht geben. Nach der Rechtsprechung zur Betriebsrentenanpassung steht ohnehin der Umstand, dass aus ihr keine Ansprüche folgen,³²⁶ einem Berechnungsdurchgriff entgegen. Eine interne Patronatserklärung ist letztlich auszulegen. Nur wenn sie sich auch auf eventuelle Sozialplanforderungen bezieht, rechtfertigt sie einen Berechnungsdurchgriff.³²⁷

³²⁴ WPK-Preis/Bender, §§ 112, 112a Rn. 62; Schubert, FS v.Hoyningen-Huene, 2014, S. 441, 447f.

³²⁵ BAG 15.3.2011 – 1 ABR 97/09, AP Nr. 212 zu § 112 BetrVG 1972; Fitting, § 112 Rn. 257a; Hako-BetrVG-Steffan, §§ 112, 112a Rn. 64; Willemssen/Hohenstatt/Schweibert/Seibt-Schweibert, C Rn. 330f.; Ahrendt, RdA 2012, 340, 341f.; Schubert, FS v.Hoyningen-Huene, 2014, S. 441, 451f.; a.A. Richardi-Annuß, § 112 Rn. 146.

³²⁶ BAG 29.9.2010 – 3 AZR 427/08, AP Nr. 73 zu § 16 BetrAVG.

³²⁷ Willemssen/Hohenstatt/Schweibert/Seibt-Schweibert, C Rn. 335. So auch für die Anpassungsprüfungspflicht BAG 21.4.2015 – 3 AZR 102/14, AP Nr. 113 zu § 16 BetrAVG, Rn. 69.

Auch eine Cash Pooling-Vereinbarung kann einen möglichen Berechnungsdurchgriff rechtfertigen. Bei der Teilnahme am konzerninternen Cash Pooling erfolgt ein Liquiditätsaustausch zwischen Konzernunternehmen. Überschüssiges Kapital wird an die poolführende Gesellschaft, zumeist die Konzernobergesellschaft, abgeführt, Liquiditätsengpässe durch Zahlungen dieser Gesellschaft überbrückt.³²⁸ Im Einzelfall kann es sein, dass die Cash Pooling-Abrede auch die Finanzierung von Sozialplänen mit deckt. Im Zweifel ist davon aber nicht auszugehen.³²⁹ Aus dem Zugriff auf liquide Mittel anderer Gesellschaften folgt noch nicht eine Berechtigung an solchen Mitteln.³³⁰ Letztlich kommt es aber immer darauf an, die Cash Pooling-Abrede auszulegen.

Zumeist wird das Cash Pooling so ausgestaltet sein, dass Mittel nur darlehensweise in den Pool abfließen. Dann ist nach der Abrede aber auch ein Bemessungsdurchgriff auf die eingespeisten Mittel möglich, genau genommen handelt es sich in Gestalt einer Forderung um Aktivvermögen der jeweiligen Konzerngesellschaft. Wenn Mittel hingegen nur abfließen ohne einen wirtschaftlichen Ausgleich und ohne die Möglichkeit, auf Mittel des Pools bei Bedarf zugreifen zu können, kommt ein Bemessungsdurchgriff analog §§ 302, 303 AktG im Falle eines Konzernvertrags oder nach den Haftungsgrundsätzen im faktischen Konzern in Betracht (sogleich u. iv.). Insofern ist es zwar richtig, dass die bloße Teilnahme am Cash Pooling per se noch nicht dafür genügt, eine Existenzvernichtungshaftung zu begründen.³³¹ Im Einzelfall kann das je nach konkreter Ausgestaltung aber durchaus anders sein.

iv. Anknüpfen an Existenzvernichtungshaftung?

Abgesehen von gesetzlich geregelten oder vertraglich vereinbarten Fällen fehlt es allerdings an einer Regelung zur Haftung im Konzern. Die Rechtsprechung des BGH hatte allerdings in analoger Anwendung der §§ 303, 303 AktG eine Haftung im sogenannten qualifiziert faktischen Konzern anerkannt, bei dem es an einem Unternehmensvertrag fehlt, die abhängige Gesellschaft aber vom Gesellschafter wie eine Betriebsabteilung geführt wird und keine angemessene

³²⁸ Vgl. *Schweibert*, NZA 2016, 321, 324. S. auch IGM Newsletter zur Mitbestimmung im Aufsichtsrat 4/2020.

³²⁹ Willemsen/Hohenstatt/Schweibert/Seibt-Schweibert, Rn. 336; Deinert/Heuschmid/Zwanziger-Deinert, § 5 Rn. 82.

³³⁰ DKW-Däubler, §§ 112, 112a Rn. 191; *Schweibert*, NZA 2016, 321, 324.

³³¹ *Schweibert*, NZA 2016, 321, 324; Deinert/Heuschmid/Zwanziger-Deinert, § 5 Rn. 82.

Rücksicht auf die Belange der abhängigen Gesellschaft genommen wird.³³² Auch die Rechtsprechung des BAG ist dem gefolgt.³³³ Auf dieser Grundlage hat sie sogar unter entsprechenden Voraussetzungen die Möglichkeit eines sog. doppelten Berechnungsdurchgriffs für Betriebe eines Enkelunternehmens auf die wirtschaftliche Lage der Konzerntochter und der Konzernmutter angenommen.³³⁴

Der BGH hat die Grundsätze zur Haftung im qualifiziert faktischen Konzern aber zwischenzeitlich aufgegeben.³³⁵ Dazu hat er klargestellt, dass stattdessen vielmehr eine sogenannte Existenzvernichtungshaftung der Gesellschafter gegenüber der Gesellschaft nach § 826 BGB eingreife, wenn eine missbräuchliche Schädigung des Gesellschaftsvermögens durch die Gesellschafter erfolge.³³⁶ Dabei geht es darum, dass der Gesellschaft Vermögenswerte entzogen werden, die sie zur Erfüllung ihrer Verbindlichkeiten und zur Sicherung des Fortbestandes benötigt. Anders als beim Haftungsdurchgriff der Gläubiger auf Gesellschafter geht es hier allerdings nach neuerer Rechtsprechung um eine Haftung nicht gegenüber den Gesellschaftsgläubigern, sondern gegenüber der Gesellschaft.³³⁷ Gläubiger können aber zur Durchsetzung nicht befriedigter Ansprüche gegen die Gesellschaft einen entsprechenden Schadensersatzanspruch pfänden.³³⁸

Diese Grundsätze sind nach der Rechtsprechung nun auch maßgeblich für die Frage des Haftungsdurchgriffs im Arbeitsrecht.³³⁹ Mittelbar wirken sie sich demzufolge darüber hinaus auch auf die Voraussetzungen eines Berechnungsdurchgriffs aus.³⁴⁰ Was die wirtschaftliche Lage des Arbeitgebers im Konzernverbund im Sinne des § 112 Abs. 5 Satz 1 BetrVG angeht, bedeutet dies zunächst, dass ein Schadensersatzanspruch wegen Existenzvernichtungshaftung

³³² BGH 29.3.1993 – II ZR 265/91, NJW 1993, 1200 – TBB; zum qualifiziert faktischen Konzern vgl. bereits BGH 16.9.1985 – II ZR 275/84, BGHZ 95, 330.

³³³ Für §§ 111ff. BetrVG BAG 15.1.1991 – 1 AZR 94/90, AP Nr. 21 zu § 113 BetrVG 1972; für § 16 BetrVG BAG 14.12.1993 – 3 AZR 519/93, AP Nr. 29 zu § 16 BetrVG.

³³⁴ BAG 4.10.1994 – 3 AZR 910/93, AP Nr. 32 zu § 16 BetrVG.

³³⁵ Dazu ausführlich *Temming*, Der vertragsbeherrschende Dritte, S. 463ff.

³³⁶ BGH 24.6.2002 – II ZR 300/00, BGHZ 151, 181 – KBV; BGH 16.7.2007 – II ZR 3/04, BGHZ 173, 246 – Trihotel; vgl. bereits zur Haftung wegen Treubruchs über § 823 Abs. 2 BGB BGH 17.9.2001 – II ZR 178/99, BGHZ 149, 10 – Bremer Vulkan.

³³⁷ BGH 16.7.2007 – II ZR 3/04, BGHZ 173, 246 – Trihotel; BGH 28.4.2008 – II ZR 264/06, BGHZ 176, 204 – GAMMA; dazu *Altmeyden*, NJW 2007, 2657ff.

³³⁸ Deinert/Heuschmid/Zwanziger-Deinert, § 5 Rn. 79.

³³⁹ BAG 14.12.2004 – 1 AZR 504/13, AP Nr. 32 zu § 611 BGB Haftung des Arbeitgebers.

³⁴⁰ Deinert/Heuschmid/Zwanziger-Deinert, § 5 Rn. 81; *Ahrendt*, RdA 2012, 340, 344; *Schipp*, DB 2010, 112ff.; a.A. wohl Hako-BetrVG-Steffan, §§ 112, 112a Rn. 63.

gegen den Gesellschafter zum Aktivvermögen des Arbeitgebers zählt.³⁴¹ Allerdings kommt ein Berechnungsdurchgriff auf das Gesellschaftervermögen als solches nicht in Betracht, weil der Gesellschafter zwar für Schädigungen verantwortlich ist, nicht aber für Sozialplanverbindlichkeiten.³⁴² Dies meint letztlich den erwähnten Gleichlauf von Zurechnung und Innenhaftung.

b) Möglichkeiten eines Berechnungsdurchgriffs und einer Haftung der Muttergesellschaft

Der 1. Senat des BAG hat bislang offengelassen, ob nach dem Rechtsprechungswandel zur Existenzvernichtungshaftung ein Berechnungsdurchgriff bei der Sozialplandotierung weiterhin in Betracht kommt. Er geht aber davon aus, dass vieles dafür spreche.³⁴³

Freilich wird vorgebracht, dass die Haftung wegen existenzvernichtenden Eingriffs insolvenzverursachende oder -vertiefende Eingriffe betreffe, wofür § 123 InsO eine abschließende Regelung bereithalte.³⁴⁴ In der Tat knüpft die Rechtsprechung an einen Entzug von Vermögen oder Geschäftschancen, die eine Insolvenzverursachung oder -vertiefung zur Folge hat.³⁴⁵ In diesem Fall kann nur der Insolvenzverwalter Ansprüche aus Existenzvernichtung gemäß § 826 BGB gegen die Gesellschafter geltend machen.³⁴⁶ Allerdings ändert dies nichts daran, dass ein entsprechender Anspruch zur Insolvenzmasse gehört. Freilich ist das Sozialplanvolumen in dem Fall nach § 123 InsO auf das Zweieinhalbfache der Monatsverdienste der von einer Entlassung betroffenen Arbeitnehmer begrenzt.³⁴⁷ Mit guten Gründen wendet *Däubler* indes ein, dass auch Vermö-

³⁴¹ BAG 15.3.2011 – 1 ABR 97/09, AP Nr. 212 zu § 112 BetrVG 1972; *Ahrendt*, RdA 2012, 340, 344f.; *Deiningner-Stierand*, NZA 2017, 489, 492; *DKW-Däubler*, §§ 112, 112a Rn. 189a; *Deinert/Heuschmid/Zwanziger-Deinert*, § 5 Rn. 82; *Fitting*, § 112 Rn. 258a; *GK-Oetker*, §§ 112, 112a Rn. 451.

³⁴² *DKW-Däubler*, §§ 112, 112a Rn. 189a; *Ahrendt*, RdA 2012, 340, 344.

³⁴³ BAG 15.3.2011 – 1 ABR 97/09, AP Nr. 212 zu § 112 BetrVG 1972; vgl. *Löwisch*, ZIP 2015, 209ff.

³⁴⁴ *GK-Oetker*, §§ 112, 112a Rn. 451; näher *Oetker*, FS Wank, 2014, S. 383, 391f.; *Wutte*, ZfA 2016, 261, 281.

³⁴⁵ BAG 15.1.2013 – 3 AZR 638/10, AP Nr. 89 zu § 16 BetrAVG, Rn. 35, 37; LAG Berlin-Brandenburg 18.10.2018 – 21 TaBV 1372/17, AuR 2019, 190; offenlassend *Fitting*, § 112 Rn. 258a.

³⁴⁶ BAG 14.12.2004 – 1 AZR 504/03, AP Nr. 32 zu § 611 BGB Haftung des Arbeitgebers.

³⁴⁷ Vgl. *Willemssen/Hohenstatt/Schweibert/Seibt-Schweibert*, C Rn. 329; *HWK-Hohenstatt/Willemssen*, § 112 BetrVG Rn. 77; *Ahrendt*, RdA 2012, 340, 345; *Schubert*, FS v.Hoyningen-Huene, 2014, S. 441, 450; *Schweibert*, NZA 2016, 321, 325 f.

gensabzüge, die nicht zur Insolvenzreife führen, eine sittenwidrige Schädigung der Arbeitnehmer bewirken könnten.³⁴⁸ Allerdings bringt dies in praktischer Hinsicht das Problem des Nachweises einer vorsätzlichen sittenwidrigen Schädigung mit sich. Zudem fallen solche Ansprüche nicht in das Vermögen der abhängigen Gesellschaft und können daher nicht die wirtschaftliche Vertretbarkeit für dieses Gesellschaft beeinflussen.

Weiterhin wird allerdings eingewendet, dass der existenzvernichtende Eingriff voraussetzt, dass der Gesellschaft ein Schaden entsteht. Da Sozialplanverbindlichkeiten vor dem Kapitalabzug aber noch nicht bestanden, sondern bestenfalls eine Aussicht auf deren Begründung, komme es zu dieser Voraussetzung gar nicht.³⁴⁹

c) Kollisionsrechtliche Einordnung

Sowohl für den Unterordnungskonzern als auch für den faktischen Konzern ist an das Personalstatut der abhängigen Gesellschaft zu knüpfen, so dass für abhängige Unternehmen mit deutschem Gesellschaftsstatut deutsches Konzernhaftungsrecht, und zwar nicht nur für die Innenhaftung zwischen herrschendem und abhängigem Unternehmen, sondern auch für die Außenhaftung gegenüber den Gläubigern des abhängigen Unternehmens.³⁵⁰ Für den Unterordnungskonzern gilt dies, weil das Konzernverhältnis auf der Beteiligung an der abhängigen Gesellschaft beruht. Bei Beherrschungs- und Gewinnabführungsverträgen folgt dies nach herrschender Meinung aus einer objektiven Anknüpfung an das Gesellschaftsstatut der abhängigen Gesellschaft.³⁵¹ Beim faktischen Konzern schließlich ergibt sich das daraus, dass die Rechte und Pflichten der Gesellschafter aus dem Gesellschaftsstatut folgen.³⁵² Zu Recht wenden Rechtsprechung und Literatur die vorerwähnten Grundsätze zum Bemessungsdurchgriff, die letztlich auf dem Konzernhaftungsrecht beruhen, daher auch bei einer Konzernobergesellschaft im Ausland an.³⁵³

Die Problematik einer eventuellen finanziellen Ausblutung des Arbeitgeberunternehmens ist daher kein spezifisch mit dem Territorialitätsprinzip zusammenhängendes Problem. Erhebliche Probleme können sich aber daraus ergeben,

³⁴⁸ DKW-Däubler, §§ 112, 112a Rn. 189b.

³⁴⁹ Ahrendt, RdA 2012, 340, 344.

³⁵⁰ MünchKomm-Kindler, IntGesR Rn. 681, 699, 713.

³⁵¹ MünchKomm-Kindler, IntGesR Rn. 699.

³⁵² MünchKomm-Kindler, IntGesR Rn. 713.

³⁵³ DKW-Däubler, §§ 112, 112a Rn. 191.

dass u.U. der Arbeitgeber einem fremden Personalstatut unterliegt. Das galt im Prinzip schon bisher für die Unterhaltung von Betrieben durch Unternehmen mit Sitz im Ausland, kann aber zunehmend Relevanz dadurch erhalten, dass die Rechtsprechung des BGH sich im Anschluss an die Entscheidungen des EuGH insbesondere in den Rs. *Überseering*³⁵⁴ und *Inspire Art*³⁵⁵ ein Stück weit von der Sitztheorie ab- und der Gründungstheorie zugewendet hat,³⁵⁶ so dass auch Gesellschaften mit Sitz im Inland einem fremden Gesellschaftsstatut unterliegen können.

d) Notwendigkeit eigener Wege des Arbeitsrechts

Im Ergebnis läuft das neue Haftungskonzept darauf hinaus, dass – abgesehen vom Vorliegen von Beherrschungsverträgen – ein Bemessungsdurchgriff auf die Konzernmutter letztlich in den allermeisten Fällen ausscheiden muss. Eine solche Lage ist geradezu eine Einladung, die Konzerntochter „auszubeuten“ und Mittel abzuziehen und mittelbar das Sozialplanvolumen zu reduzieren. Das neue dogmatische Konzept der Rechtsprechung mag für sich überzeugen, weil sie einerseits das konzernrechtliche Trennungsprinzip aufrechterhält, andererseits aber in dem vorhandenen Anspruchsgrundlagensystem des BGB einen Ausgleich für Schädigungen der abhängigen Gesellschaft vorsieht. Diese sehr formale Sichtweise vernachlässigt aber, dass der Gesetzgeber bei der Mitwirkung in wirtschaftlichen Angelegenheiten dem Leitbild eines eigenständig wirtschaftenden Unternehmens folgt, auf das es für die Beurteilung der wirtschaftlichen Lage ankommt, der Gesetzgeber aber nicht von Vermögensschöpfungen durch andere Konzernunternehmen ausgeht.³⁵⁷

Das ermöglicht, Konzernleitungsmacht zu missbrauchen, um arbeitsrechtliche Verpflichtungen zulasten der Arbeitnehmer und mittelbar auch der Allgemeinheit gleichsam gering zu halten. Das wird besonders deutlich an der Rechtsprechung des 3. Senats des BAG zu sogenannten Rentnergesellschaften. Bis zur Grenze der Sittenwidrigkeit kann danach das operative Geschäft auf eine andere Konzerngesellschaft übertragen werden mit der Folge, dass die für die Anpassungsprüfung maßgebliche wirtschaftliche Lage des Arbeitgebers der Betriebsrentner sich verschlechtert.³⁵⁸ Dabei hat das Gericht sehr wohl erkannt,

³⁵⁴ EuGH 5.11.2002 – C-208/00, Slg. 2002, I-9919 – *Überseering* (= RIW 2002, 945).

³⁵⁵ EuGH 30.9.2003 – C-167/01, Slg. 2003, I-10155 – *Inspire Art* (= EWS 2003, 513).

³⁵⁶ BGH 27.10.2008 – II ZR 158/06, BGHZ 178, 192.

³⁵⁷ Vgl. auch *Wutte*, ZfA 2016, 261ff.

³⁵⁸ BAG 15.9.2015 – 3 AZR 839/13, AP Nr. 118 zu § 16 BetrAVG.

dass die vom Gesetzgeber erwartete Unternehmenspolitik im wirtschaftlichen Eigeninteresse ausbleibt, weil Entscheidungen im Konzern an anderen Kriterien ausgerichtet werden.³⁵⁹

Problematisch an dieser Rechtsprechung ist, dass die erwähnten Maßstäbe nicht zueinander passen. Einerseits geht es um die Erwartung einer sachgerechten Unternehmenspolitik, andererseits setzt das Korrektiv erst an bei Überschreiten der Schwelle zur vorsätzlichen sittenwidrigen Schädigung. Dem Ausgangspunkt trug die frühere Rechtsprechung zur Haftung im qualifiziert faktischen Konzern viel besser Rechnung. Der richtige Maßstab ist danach der, ob das abhängigen Unternehmen wie eine Betriebsabteilung geführt wird und dabei keine angemessene Rücksicht auf die Belange der abhängigen Gesellschaft genommen wird. Allein auf diese Weise wird auch der Steuerungsfunktion der §§ 112, 113 BetrVG³⁶⁰ Rechnung getragen: Wenn Betriebsänderungen letztlich durchgeführt werden, ohne dass damit Verpflichtungen zur Milderung der wirtschaftlichen Nachteile der Arbeitnehmer verbunden sind, bzw. entsprechende Verpflichtungen nicht in vollem Umfang anfallen im Vergleich zu der Situation, dass der Arbeitgeber wirtschaftlich eigenständig gehandelt hätte, hat dies auch Einfluss auf die Einigungsbereitschaft hinsichtlich der Interessenausgleichsverhandlungen. Ein drohender Berechnungsdurchgriff würde demgegenüber die Steuerungsfunktion auch gegenüber der Konzernleitung wirksam werden lassen.³⁶¹

Diese Erwägungen sprechen dafür, dass das Arbeitsrecht bei der Sozialplandotierung eigene Wege geht und auch im faktischen Konzern einen Bemessungsdurchgriff anerkennt. Das ist auch im Rahmen des geltenden Rechts ohne weiteres möglich, weil die Unterscheidung von Unternehmen und Konzern in §§ 111ff. BetrVG dadurch noch nicht durchbrochen wird. Zu berücksichtigen wäre danach die wirtschaftliche Lage anderer Konzernunternehmen, insoweit Vermögen und Erwerbschancen auf andere Unternehmen verschoben wurden und dadurch die wirtschaftliche Lage des Vertragsarbeitgebers verschlechtert wurde. Im Allgemeinen kann man davon ausgehen, dass ein Berechnungsdurchgriff auf die Vermögenslage des herrschenden Gesellschafters im faktischen Konzern immer dann in Betracht kommt, wenn dieser in die Unterneh-

³⁵⁹ BAG 15.9.2015 – 3 AZR 839/13, AP Nr. 118 zu § 16 BetrAVG, Rn. 67.

³⁶⁰ Zur Steuerungsfunktion des Sozialplans vgl. auch *Nick*, S. 210ff.

³⁶¹ *DKW-Däubler*, §§ 112, 112a Rn. 192. Auch *Wutte*, ZfA 2016, 261, 287ff., folgt dieser Überlegung, wenn er die Arbeitnehmer vom spezifischen Konzernrisiko entlasten möchte.

mensführung des Arbeitgeber-Unternehmens eingreift, um dessen wirtschaftliche Leistungsfähigkeit zumindest teilweise unmittelbar zu eigenen Gunsten oder zugunsten anderer Konzernunternehmen abzuschöpfen.³⁶² Das kann insbesondere bei konzerninternen Geschäften gegeben sein, bei denen ein Missverhältnis von Leistung und Gegenleistung vorliegt.³⁶³

Freilich kann ein solcher Bemessungsdurchgriff nur dann wirklich funktionieren, wenn ein Haftungsdurchgriff auf die Konzernmutter damit einhergeht,³⁶⁴ wie dies die frühere Rechtsprechung vorsah. Anderenfalls wäre die Konzerntochter zu Sozialplanleistungen verpflichtet, die sie nicht erfüllen könnte. Auch insoweit könnte die arbeitsrechtliche Rechtsprechung eigene Maßstäbe setzen. Freilich ginge dies wohl nicht ohne Anrufung des Gemeinsamen Senats der obersten Gerichtshöfe des Bundes gemäß § 2 RsprEinhG, da dies eine Abweichung von der Rechtsprechung des BGH wäre.³⁶⁵

Ob das BAG dazu jemals bereit sein wird, darf allerdings bezweifelt werden. Von daher wäre eine Gesetzeskorrektur *de lege ferenda* geboten. Freilich wäre darüber hinaus in rechtspolitischer Hinsicht durchaus diskussionswürdig, einen mehr ökonomischen Blickwinkel einzunehmen und den Konzern insgesamt als wirtschaftliche Einheit für die Frage der wirtschaftlichen Vertretbarkeit bei Sozialplanleistungen zu behandeln. Doch könnte dies auch zum Nachteil der Arbeitnehmer wirken, wenn sie in einem Unternehmen beschäftigt sind, dem es anders als dem Restkonzern wirtschaftlich gut geht. Auch ist das Interesse der im Betrieb verbleibenden Arbeitnehmer an einem wirtschaftlich solide aufgestellten Arbeitgeber möglicherweise ein Argument, das für ein weiteres Abstellen auf das Unternehmen spricht.

Vorrang vor diesem Durchgriffskonzept hat allerdings die Haftung wegen existenzvernichtenden Eingriffs, wenn diese Platz greift. Denn ein darauf zu stützendes Anspruchs des Arbeitgeberunternehmens ist bereits als Aktivvermögen bei der Beurteilung der wirtschaftlichen Vertretbarkeit für den Arbeitgeber zu berücksichtigen.

³⁶² Vgl. Richardi-Annuf, § 112 Rn. 146; Glaubitz, FS Hanau, 1999, S. 403, 409; Schweibert, NZA 2016, 321, 323.

³⁶³ *Fitting*, § 112 Rn. 258b.

³⁶⁴ Ebenso Wutte, ZfA 2016, 261, 291ff.

³⁶⁵ Etwas anders die Lösung bei Wutte, ZfA 2016, 261, 296, der es für möglich hält, eine sittenwidrige Schädigung schon bei Schmälerung des Vermögens des Tochterunternehmens durch das Mutterunternehmen anzunehmen.

VI. Durchsetzung der Rechte der Interessenvertretung

Die Problematik der Rechtsdurchsetzung ist an verschiedenen Stellen dieser Untersuchung aufgetaucht. Die Diskussion, dass die Rechtsdurchsetzung gegenüber der (ausländischen) Konzernmutter problematisch sein könne, wurde bereits oben ab V. 3. a) iv. angesprochen. Es wurde aber auch darauf hingewiesen, dass Rechte nicht deswegen bestritten werden können, weil sie nur schwer durchzusetzen sind. Abschließend soll noch ein kleiner Blick darauf geworfen werden, wie Rechte inländischer Interessenvertretungen durchgesetzt werden können, wenn die Konzernleitung im Ausland sitzt.

Mit Blick auf die gerichtliche Rechtsdurchsetzung ist für betriebsverfassungsrechtliche Angelegenheiten allerdings streitig, ob diese durch die Brüssel Ia-Verordnung³⁶⁶ über die internationale Zuständigkeit erfasst werden. Die Verordnung ist grundsätzlich für sämtliche Zivil- und Handelssachen maßgeblich gemäß Art. 1 Abs. 1. Gegen ihre Anwendbarkeit wird aber ins Feld geführt, dass es sich bei der Betriebsverfassung um eine spezifische Sachmaterie handelt, deren Besonderheiten die speziellen Zuständigkeitsregelungen der Art. 4ff. nicht hinreichend Rechnung tragen.³⁶⁷ Nach anderer Ansicht ist die Verordnung ohne weiteres auch in betriebsverfassungsrechtlichen Angelegenheiten anzuwenden.³⁶⁸ Die letztgenannte Ansicht ist für Betriebsräte in einer Antragstellerrolle wenig komfortabel, weil sie nach Art. 5, 63 Abs. 1 der Verordnung zur Zuständigkeit im Mitgliedstaat des Sitzes des Arbeitgebers führt. Bei Arbeitgebern ohne Sitz in einem Mitgliedstaat ergibt sich aber die Möglichkeit der Zuständigkeit nach den Regeln der *lex fori*. Ähnlich ist es, wenn die erstgenannte Lösung für richtig gehalten wird. Dann ist die Brüssel Ia-Verordnung überhaupt nicht anwendbar, so dass nach deutschem internationalem Zuständigkeitsrecht in analoger Anwendung der Bestimmungen über die örtliche Zuständigkeit die

³⁶⁶ Verordnung (EU) Nr. 1215/2012 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 12.12.2012 über die gerichtliche Zuständigkeit und die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen, ABl. L 351/1.

³⁶⁷ EuArbR-Krebbler, Art. 1 VO Nr. 1215/2012/EU Rn. 6.

³⁶⁸ MünchArbR-Oetker, § 13 Rn. 173.

internationale Zuständigkeit zu bestimmen ist³⁶⁹. Auf diese Weise wäre dann über § 82 ZPO die internationale Zuständigkeit im Inland begründet.

Soweit Mitbestimmungsrechte eingreifen, steht der Umstand der Einbindung in einen internationalen Konzern nicht entgegen.³⁷⁰ Auch ausländische Rechtsvorschriften, die dem ausländischen Arbeitgeber Vorgaben machen, können nicht als gesetzliche Regelungen im Sinne des § 87 Abs. 1 BetrVG die Mitbestimmung des Betriebsrats nach deutschem Recht ausschließen.³⁷¹ Konzernvorgaben nehmen dem Arbeitgeber auch nicht den mitbestimmungsrechtlichen Gestaltungsspielraum, der Voraussetzung für das Eingreifen des Mitbestimmungsrechts ist.³⁷² Desgleichen führt im Falle der internationalen Konzernentsendung der Wunsch einer ausländischen Zentrale zur Eingliederung eines Arbeitnehmers in einen Inlandsbetrieb nicht dazu, dass die Einstellungsmitbestimmung nach § 99 BetrVG entfällt.³⁷³ Eine andere Frage ist freilich, wie viel sich in einer solchen Konstellation über das Mitbestimmungsrecht realisieren lässt. Gerade bei der Problematik der Einwirkung des Betriebsrats bei Aktienoptionsprogrammen wurde bereits darauf hingewiesen, dass die Ausübung des Mitbestimmungsrechts möglicherweise um den Preis geschieht, dass die Konzernleitung für die Zukunft auf entsprechende Programme verzichtet.

Soweit ein Unternehmen im Inland Mitbestimmungsrechte wegen Konzernvorgaben missachtet, kann der (Gesamt-/Konzern-)Betriebsrat Unterlassung verlangen und gegebenenfalls die Einigungsstelle anrufen.³⁷⁴

Betriebsräte können wie auch bei rein nationalen Fällen bei Anwendbarkeit des Betriebsverfassungsrechts vor den zuständigen Gerichten Unterlassungsansprüche durchsetzen, wenn ein ausländisches Arbeitgeber-Unternehmen Mitbestimmungsrechte verletzt. Die Verletzung betriebsverfassungsrechtlicher Rechte durch eine ausländische Konzernmutter ist, soweit sie im Sinne des Betriebsverfassungsrechts als Arbeitgeber anzusehen ist, auch geeignet, die Rechte nach § 23 Abs. 3 BetrVG zur Anwendung zu bringen.

³⁶⁹ BAG 20.4.2004 – 3 AZR 301/03, AP Nr. 13 zu § 38 ZPO Internationale Zuständigkeit; *Deinert*, Internationales Arbeitsrecht, § 18 Rn. 11.

³⁷⁰ *Franzen*, AR-Blattei SD 920, Rn. 295ff.

³⁷¹ BAG 22.7.2008 – 1 ABR 40/07, AP Nr. 14 zu § 87 BetrVG 1972, Rn. 60.

³⁷² *Franzen*, AR-Blattei SD 920, Rn. 299; a.A. *Baeck/Diller*, DB 1998, 1405, 1411.

³⁷³ *Deinert*, Beschäftigung ausländischer Arbeitnehmer in Inlandsbetrieben, S. 71.

³⁷⁴ *Baeck/Diller*, DB 1998, 1405, 1412.

Auch können Betriebsräte, Gesamtbetriebsräte und Konzernbetriebsräte von ihrem Initiativrecht im Rahmen der Mitbestimmung Gebrauch machen und gegebenenfalls die Einigungsstelle anrufen.³⁷⁵

Selbstverständlich bestehen Informationsansprüche nach § 80 Abs. 2 BetrVG auch dann, wenn eine Konzernspitze im Ausland sitzt. Dass die Konzernzentrale im Ausland sitzt, schließt den Informationsanspruch nicht aus, erschwert aber möglicherweise dessen Durchsetzung. Unter Umständen lässt sich aber gewissermaßen ein „Informationsdurchgriff“ mithilfe inländischer Gesamtbetriebsräte oder Betriebsräte bewerkstelligen, indem diese über ihren Arbeitgeber die Informationen erzwingen.³⁷⁶ Der Arbeitgeber kann sich seinen Informationspflichten nicht dadurch entziehen, dass er darauf verweist, dass er die notwendigen Informationen nicht von der Konzernspitze erhalte.³⁷⁷

Freilich bedarf es nicht immer des gerichtlichen Rechtsschutzes. Gerade die Theorie der Wirksamkeitsvoraussetzung ist ein Mittel, Mitbestimmungsrechte zu effektuieren. Maßnahmen und Rechtsgeschäfte, die die Arbeitnehmer belasten, ohne dass die notwendige Mitbestimmung durchgeführt wurde, sind individualrechtlich unwirksam.³⁷⁸ Dieser Grundsatz untersteht als selbstständig anzuknüpfende Vorfrage eines individualrechtlichen Rechtsverhältnisses gleichermaßen dem Betriebsverfassungsstatut³⁷⁹ und ist auch zur Anwendung zu bringen, wenn Mitbestimmungsrechte des Konzernbetriebsrats in einem Konzern mit ausländischer Spitze verletzt wurden.³⁸⁰ Gegebenenfalls können Arbeitnehmer darauf gestützte Ansprüche individuell gerichtlich geltend machen. Nichts anderes gilt für Nachteilsausgleichsansprüche nach § 113 Abs. 3 BetrVG, wenn eine ausländische Zentrale sich weigert, einen Interessenausgleich zu versuchen.³⁸¹

³⁷⁵ DKW-Däubler, Einl. Rn. 237.

³⁷⁶ So wohl DKW-Wenckebach, Vor § 54 Rn. 27: „Geiselpinzip“.

³⁷⁷ Hess.LAG 5.7.2001 – 5 TaBV 153/00, AuR 2002, 33; Fischer, AuR 2002, 7, 8ff.; DKW-Däubler, Einl. Rn. 239.

³⁷⁸ BAG 3.12.1991 – GS 2/90, AP Nr. 51 zu § 87 BetrVG 1972 Lohngestaltung; Deinert/Heuschmid/Zwanziger-Deinert, § 13 Rn. 249ff.

³⁷⁹ Deinert, Internationales Arbeitsrecht, § 17 Rn. 42.

³⁸⁰ Linsenmaier, FS 100 Jahre Betriebsverfassungsrecht, S. 409, 421; Fitting, § 54 Rn. 34d.

³⁸¹ Linsenmaier, FS 100 Jahre Betriebsverfassungsrecht, S. 409, 421; Fitting, § 54 Rn. 34d.

VII. Zusammenfassung

1. Die Prüfung eines räumlichen Anwendungsbereichs des BetrVG nach dem Territorialitätsprinzip ist verfehlt. Diese einseitige Anknüpfung vom Gesetz her führt dazu, dass bei Sachverhalten mit Auslandsberührung nicht die Suche nach der anwendbaren Rechtsordnung erfolgt, sondern lediglich die Nicht-/Anwendbarkeit des BetrVG geklärt wird, ohne dass die Frage des auf den Sachverhalt anwendbaren Rechts damit abschließend beantwortet werden kann.
2. Auch wenn die herauszubildende Kollisionsnorm mit der Anknüpfung an den Lageort des Betriebes nicht zu wesentlich anderen Ergebnissen führt, vermeidet sie gleichsam die Rechtsverweigerung durch Suche nach dem anwendbaren Recht mit der Fragestellung vom Sachverhalt her.
3. Das Territorialitätsprinzip hat eine überschießende Tendenz. Ohne sich dessen gewiss zu sein, werden kollisionsrechtliche und sachrechtliche Fragen miteinander vermengt und unsachgemäßen Ergebnissen zugeführt. Das läuft darauf hinaus, dass das Territorialitätsprinzip als pseudo-kollisionsrechtliche Bestimmung zunächst die Frage der Anwendbarkeit des Gesetzes klärt, dann aber auch bei sachrechtlichen Fragestellungen das Gesetz tendenziell zu einer in jeder Hinsicht selbstbeschränkten Sachnorm degradiert.

Richtig ist es aber, das Gesetz, wenn es kollisionsrechtlich zur Anwendung berufen ist, konsequent anzuwenden. Dabei ist der Auslandssachverhalt nichts Besonderes, sondern allein Anlass, zuvor die kollisionsrechtliche Frage zu prüfen. Die Anwendung auf den Auslandssachverhalt ist in der Folge einfache Sachrechtsanwendung, nicht etwa analoge Anwendung des Gesetzes. Rechtsinstitute der *lex causae* sind gegebenenfalls durch solche eines anderen Rechts zu substituieren.

4. Ein wichtiges Anwendungsbeispiel, an dem sich dokumentiert, dass das Territorialitätsprinzip überschießend auf eine sachrechtliche Selbstbeschränkung hinauslaufen kann, ist die Nichtanwendung des § 54 BetrVG im Falle einer Konzernobergesellschaft im Ausland. Das führt zu einer Verweigerung der Repräsentationsebene, die vom Gesetz grundsätzlich vorgesehen ist.

Bei Anwendung einer allseitigen Kollisionsnorm ergibt sich, dass die Betriebsverfassung grundsätzlich an den Betriebssitz anknüpft, und zwar auch für die höheren Repräsentationsebenen. In allen Inlandsbetrieben können daher Betriebsräte gewählt werden ungeachtet des Personalstatuts des Rechtsträgers. Diese bilden Gesamtbetriebsräte im Unternehmen, auch wenn das Unternehmen seinen Sitz im Ausland hat. Die so gebildeten Gesamtbetriebsräte und gegebenenfalls Betriebsräte können unabhängig vom Sitz der betroffenen Unternehmen einen Konzernbetriebsrat bilden. Ansprechpartner ist grundsätzlich die Konzernobergesellschaft. Dass diese ihren Sitz im Ausland hat, ist unerheblich. Wenn sie sich der Zusammenarbeit verweigert, ist gegebenenfalls § 2 Abs. 2 EBRG analog anzuwenden.

5. Die herrschende Meinung folgt bei Aktienoptionsplänen in Bezug auf die Mitbestimmung dem konzernrechtlichen Trennungsprinzip und erkennt Mitbestimmungsrechte nur an, wenn der Arbeitgeber selber Aktienoptionen gewährt oder Einfluss auf die Gewährung anderer Konzerngesellschaften nimmt. Der Einwand, es handele sich um Vorgaben der Konzernmutter im Ausland, kann dann nicht verfangen.

Konsequenz ist aber umgekehrt, dass die Gewährung von Aktienoptionen durch die Konzernmutter unter vollständiger Heraushaltung des Arbeitgeberunternehmens mangels irgendeiner Entscheidung, die mitzubestimmen wäre, mitbestimmungsfrei ist. Das lädt geradezu dazu ein, Mitbestimmungsrechte durch Konzentration von Entscheidungen bei der Konzernmutter auszutrocknen.

Daran dokumentiert sich, dass das Fehlen eines Konzernbetriebsrats bei ausländischer Leitung Mitbestimmungsrechte einschränkt und diese gerade auch nicht durch Gesamtbetriebsräte oder Einzelbetriebsräte aufgefangen werden können. Das Beispiel zeigt, dass die vermeintliche Selbstbeschränkung des § 54 BetrVG auch in der Praxis problematisch wirkt, wenn es nicht eine inländische Teilkonzernspitze gibt, was die Bildung eines Konzernbetriebsrats im Inland ermöglicht.

6. Die Frage des Berechnungsdurchgriffs hinsichtlich der zulässigen Dotierung von Sozialplanleistungen hat grundsätzlich nichts mit der Territorialität der Betriebsverfassung zu tun. Die Frage stellt sich angesichts zunehmender internationaler Unternehmensverflechtungen allerdings immer häufiger auch in Bezug auf transnationale Konzerne.

De lege lata stellt das BetrVG auf die Vertretbarkeit für das Unternehmen ab. Es mag im Hinblick auf eine wirtschaftliche Betrachtungsweise de lege ferenda gute Gründe dafür geben, auf die Vertretbarkeit für den Konzern

abzustellen, was hier aber nicht abschließend zu diskutieren ist. Unabhängig davon gibt es verschiedene Konstellationen, in denen die Rechtsprechung zu Recht im Hinblick auf die Schmälerung des Vermögens des Arbeitgebers durch andere Konzerngesellschaften einen Bemessungsdurchgriff anerkennt. Dieser folgt immer einem möglichen Haftungsdurchgriff, weil ansonsten eine Refinanzierungsmöglichkeit hinsichtlich der fiktiv zugrunde gelegten Sozialplanmittel nicht gegeben wäre. Dabei ist die Frage eines Haftungsdurchgriffs, auf dem der Berechnungsdurchgriff beruht, grundsätzlich nach dem Personalstatut der abhängigen Gesellschaft zu beantworten.

In dem Zusammenhang erweist sich die Abkehr der zivilgerichtlichen Rechtsprechung von den Grundsätzen zur Haftung im qualifiziert faktischen Konzern hin zu einer Konzerninnenhaftung wegen existenzvernichtenden Eingriffs mit Blick auf den Sozialplanzweck als problematisch. Der Gesetzgeber ist von einem Leitbild des Arbeitgebers ausgegangen, der seine eigenen wirtschaftlichen Interessen verfolgt. Wenn er mit Blick auf Konzerninteressen diese Erwartung nicht erfüllt, ist eine Korrektur im Sozialplanrecht geboten. Denn die Steuerungsfunktion des Sozialplanrechts versagt, wenn andere Konzerngesellschaften den Arbeitgeber gleichsam wie eine Betriebsabteilung führen, dessen wirtschaftliche Leistungsfähigkeit zu eigenen Gunsten oder zugunsten anderer Konzernunternehmen abschöpfen, ohne auf dessen wirtschaftliche Interessen Rücksicht zu nehmen. Das bislang von der Rechtsprechung verfolgte bzw. für das Sozialplanrecht ins Auge gefasste Konzept einer Haftung wegen vorsätzlicher sittenwidriger Schädigung greift ersichtlich zu spät. Hier ist gegebenenfalls ein korrigierender Eingriff des Gesetzgebers gefordert.

7. Dass die Rechtsdurchsetzung im Falle einer Einbindung in einen internationalen Konzern mit Zentrale im Ausland erschwert sein könnte, bedeutet einerseits nicht, dass die Rechte nicht bestehen würden, und andererseits nicht, dass die Rechtsdurchsetzung unmöglich wäre. Betriebsverfassungsrechtliche Pflichten ausländischer Konzernunternehmen nach dem kollisionsrechtlich anwendbaren Recht können vor den zuständigen Gerichten durchgesetzt werden. Konzernabhängige Arbeitgeber können sich ihren mitbestimmungsrechtlichen Pflichten nicht unter Hinweis auf Vorgaben aus einer ausländischen Konzernzentrale entziehen. Gerade die Theorie der Wirksamkeitsvoraussetzung ermöglicht es im Übrigen, mitbestimmungswidrigen Maßnahmen wirksam zu begegnen.

Literaturverzeichnis

- Agel-Pahlke, Cornelia*, Der internationale Geltungsbereich des Betriebsverfassungsgesetzes, Eine Untersuchung der für das Betriebsverfassungsgesetz geltenden international-arbeitsrechtlichen Normen, Frankfurt/M. 1988 (zugl. Darmstadt, TH, Diss. 1987).
- Ahrendt, Martina*, Zum Bemessungsdurchgriff beim Sozialplan, RdA 2012, 340.
- Altmeppen, Holger*, Abschied vom „Durchgriff“ im Kapitalgesellschaftsrecht, NJW 2007, 2657.
- Annuß, Georg/Lembke, Mark*, Aktienoptionspläne der Konzernmutter und arbeitsrechtliche Bindungen, BB 2003, 2230.
- Auffarth, Fritz*, Betriebsverfassung und Auslandsbeziehungen, in: Dieterich, Thomas/Gamillscheg, Franz/Wiedemann, Herbert (Hrsg.), Festschrift für Marie Luise Hilger und Hermann Stumpf, München 1983, S. 31.
- Bachmann, Gregor*, Kein Konzernbetriebsrat bei ausländischer Konzernleitung, RdA 2008, 107.
- Baeck, Ulrich/Diller, Martin*, Arbeitsrechtliche Probleme bei Aktienoptionen und Belegschaftsaktien, DB 1998, 1405.
- Bar, Christian von/Mankowski, Peter*, Internationales Privatrecht, Bd. 1, 2. Aufl., München 2003.
- Bauer, Jobst-Hubertus/Herzberg, Dana*, Arbeitsrechtliche Probleme in Konzernen mit Matrixstrukturen, NZA 2011, 713.
- Beitzke, Günther*, Anm. zu BAG 27.5.1982 – 6 ABR 28/80, AP Nr. 3 zu § 42 BetrVG 1972.
- Beitzke, Günther*, EWG-Kollisionsnormen zum Arbeitsverhältnis, in: Hueck, Götz/Richardi, Reinhard (Hrsg.), Gedächtnisschrift für Rolf Dietz, München 1973, S. 127.
- Beitzke, Günther*, Normenkollisionen im Arbeitsrecht, DB 1958, 224.
- Birk, Rolf*, Auslandsbeziehungen und Betriebsverfassungsgesetz, in: Hubmann, Heinrich/Hübner, Heinz (Hrsg.), Festschrift für Ludwig Schnorr von Carolsfeld zum 70. Geburtstag 26. Januar 1973, Köln u.a. 1972, S. 61.
- Birk, Rolf*, Betriebliche Regelungen im internationalen Arbeitsrecht, in: Westphalen, Friedrich Graf von/Sandrock, Otto (Hrsg.); Lebendiges Recht – von den Sumerern bis zur Gegenwart, Festschrift für Reinhold Trinkner zum 65. Geburtstag, Heidelberg 1995, S. 461.
- Birk, Rolf*, Betriebszugehörigkeit bei Auslandstätigkeit, in: Gamillscheg, Franz/Rüthers, Bernd/Stahlhacke, Eugen (Hrsg.), Sozialpartnerschaft in der Bewährung, Festschrift für Karl Molitor zum 60. Geburtstag, München 1988, S. 19.
- Birk, Rolf*, Das internationale Arbeitsrecht der Bundesrepublik Deutschland, RabelsZ 46 (1982), 384.

- Boecken, Wolfgang/Düwell, Franz Josef/Diller, Martin/Hanau, Hans* (Hrsg.), *Gesamtes Arbeitsrecht*, 3 Bde., Baden-Baden 2016 (zit.: NK-GA-Bearbeiter).
- Boemke, Burkhard*, „Ausstrahlungen“ des Betriebsverfassungsgesetzes ins Ausland, *NZA* 1992, 112.
- Buchner, Herbert*, Konzernbetriebsratsbildung trotz Auslandssitz der Obergesellschaft, in: Konzen, Horst/Krebber, Sebastian/Raab, Thomas/Veit, Barbara/Waas, Bernd (Hrsg.), *Festschrift für Rolf Birk*, Tübingen 2008, S. 11.
- Buhr, Martina/Radtke, Stefanie*, Internationale Aktienoptionspläne und deren arbeitsrechtliche Behandlung in Deutschland, *DB* 2001, 1882.
- Christiansen, Dörte*, Betriebszugehörigkeit, Die Zuordnung von Arbeitnehmern aus betriebsverfassungsrechtlicher Sicht, Frankfurt/M. 1998 (zugl. Kiel, Univ., Diss. 1997).
- Däubler, Wolfgang*, *Das Arbeitsrecht 2, Das Arbeitsverhältnis: Rechte und Pflichten, Kündigungsschutz*, 12. Aufl., Reinbek 2009.
- Däubler, Wolfgang*, Betriebsverfassung in globalisierter Wirtschaft, Eine Momentaufnahme, Baden-Baden 1999.
- Däubler, Wolfgang*, Die veränderte Betriebsverfassung – Erste Anwendungsprobleme, *AuR* 2001, 285.
- Däubler, Wolfgang*, Mitbestimmung und Betriebsverfassung im internationalen Privatrecht, *RabelsZ* 39 (1975), 444.
- Däubler, Wolfgang/Klebe, Thomas/Wedde, Peter* (Hrsg.), *BetrVG*, 17. Aufl., Frankfurt/M. 2020 (zit.: DKW-Bearbeiter).
- Deinert, Olaf*, Beschäftigung ausländischer Arbeitnehmer in Inlandsbetrieben, Zulässigkeit der Beschäftigung und anwendbares Recht, Frankfurt/M. 2016.
- Deinert, Olaf*, Betriebsverfassungsrechtliche Fragen bei konzerninterner Entsendung von Arbeitnehmern in Inlandsbetriebe, *DB* 2016, 349.
- Deinert, Olaf*, Für ein welt- und zukunftsoffenes IPR der Betriebsverfassung, in: Brameshuber, Elisabeth/Friedrich, Michael/Karl, Beatrix (Hrsg.), *Festschrift Franz Marhold*, Wien 2020, S. 457.
- Deinert, Olaf*, Die international-privatrechtliche Behandlung öffentlich-rechtlichen Arbeitsrechts, in: ders. (Hrsg.), *Internationales Recht im Wandel*, Symposium für Peter Winkler von Mohrenfels, Baden-Baden 2013, S. 95.
- Deinert, Olaf*, Internationales Arbeitsrecht, Deutsches und europäisches Arbeitskollisionsrecht, Tübingen 2013.
- Deinert, Olaf*, Neues Internationales Arbeitsvertragsrecht, *RdA* 2009, 144.
- Deinert, Olaf/Heuschmid, Johannes/Zwanziger, Bertram* (Hrsg.), *Arbeitsrecht*, 10. Aufl., Frankfurt/M. 2019 (zit.: Deinert/Heuschmid/Zwanziger-Bearbeiter).
- Deininger-Stierand, Melanie*, Dotierung des Sozialplans bei Teilbetriebsstilllegung, Bemessungsdurchgriff im Konzern und gerichtliche Überprüfung des Spruchs der Einigungsstelle, *NZA* 2017, 489.
- Driver-Polke, Oliver/Melot de Beauregard, Paul*, Rechtswahl bei Aktienoptionsplänen und damit in Zusammenhang stehenden nachvertraglichen Wettbewerbsverboten, *BB* 2004, 2350.

- Düwell, Franz Josef* (Hrsg.), Betriebsverfassungsgesetz, 5. Aufl., Baden-Baden 2018 (zit.: Hako-BetrVG-Bearbeiter).
- Dzida, Boris/Hohenstatt, Klaus-Stefan*, Errichtung und Zusammensetzung eines Konzernbetriebsrats bei ausländischer Konzernspitze, NZA 2007, 945.
- Fischer, Ulrich*, Der ahnungslose Arbeitgeber oder die Betriebsverfassung im (internationalen) konzernrechtlichen Niemandsland?, AuR 2002, 7.
- Fischer, Ulrich*, Betriebliche Mitbestimmung nach § 87 BetrVG im internationalen Konzern bei einheitlicher Entscheidungsvorgabe, BB 2000, 562.
- Fischer, Ulrich*, Der internationale Betrieb – Prüf- und Stolperstein für das Territorialitätsprinzip?, RdA 2002, 160.
- Fitting, Karl* (Begr.), *Engels, Gerd/Schmidt, Ingrid/Trebing, Yvonne/Linsenmaier, Wolfgang/Scholz, Hanna*, Betriebsverfassungsgesetz, 30. Aufl., München 2020.
- Franzen, Martin*, Internationales Arbeitsrecht, AR-Blattei SD 920.
- Franzen, Martin/Gallner, Inken/Oetker, Hartmut* (Hrsg.), Kommentar zum europäischen Arbeitsrecht, 3. Aufl., München 2020 (zit.: EuArbR-Bearbeiter).
- Fuchs, Rainer*, Der Konzernbetriebsrat – Funktion und Kompetenz –, Bern und Frankfurt/M. 1974.
- Gamillscheg, Franz*, Anm. zu BAG 30.4.1987 – 2 AZR 192/86, AP Nr. 15 zu § 12 SchwbG.
- Gamillscheg, Franz*, Internationales Arbeitsrecht (Arbeitsverweisungsrecht), Berlin und Tübingen 1959 (zugl. Tübingen, Univ., Habil.).
- Gamillscheg, Franz*, Kollektives Arbeitsrecht, Band II, München 2008.
- Gamillscheg, Franz*, Zu einigen Fragen des internationalen Arbeitsrechts, AcP 155 (1955), 49.
- Gaul, Björn*, Betriebsverfassungsrechtliche Aspekte einer Entsendung von Arbeitnehmern ins Ausland, BB 1990, 697.
- Gaumann, Ralf/Liebermann, Dirk*, Errichtung eines Konzernbetriebsrats bei fehlender inländischer Konzernspitze, DB 2006, 1157.
- Glaubitz, Werner*, Die wirtschaftliche Vertretbarkeit des Sozialplans nach § 112 Abs. 5 BetrVG bei Fortführung des Unternehmens, in: Isenhardt, Udo/Preis, Ulrich i.V.m. dem Deutschen Arbeitsgerichtsverband e.V. (Hrsg.), Arbeitsrecht und Sozialpartnerschaft, Festschrift für Peter Hanau, Köln 1999, S. 403.
- Häferer, Katja/Burger, Franziska*, Restricted Stock Units und Aktienoptionen – Aktuelle Entwicklungen bei Mitarbeiterbeteiligungsprogrammen, NZA 2020, 143.
- Hau, Wolfgang/Posseck, Roman* (Hrsg.), BeckOK BGB, München, Online (zit.: BeckOK-Bearbeiter).
- Henssler, Martin*, Mitbestimmungsrechtliche Folgen grenzüberschreitender Beherrschungsverträge – Konzernbetriebsrat und Unternehmensmitbestimmung im grenzüberschreitenden Vertragskonzern –, ZfA 2008, 289.
- Henssler, Martin/Willemsen, Heinz Josef/Kalb, Heinz-Jürgen* (Hrsg.); Arbeitsrecht Kommentar, 9. Aufl., Köln 2020 (zit.: HWK-Bearbeiter).

- Hess, Harald/Worzalla, Michael/Glock, Dirk/Nicolai, Andrea/Rose, Franz-Josef/Huke, Kristina, Betriebsverfassungsgesetz, 10. Aufl., Köln u.a. 2018 (zit: HWGNRH-Bearbeiter).
- Isensee, Josef/Kirchhof, Paul (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts, Bd. VIII, 3. Aufl., Heidelberg 2010.
- Junker, Abbo, Internationales Arbeitsrecht im Konzern, Tübingen 1992 (zugl. Münster, Univ., Habil. 1991/92).
- Junker, Abbo, Keine Errichtung eines Konzernbetriebsrats, wenn die Konzernspitze ihren Sitz im Ausland hat: Grundsatz und Ausnahme, SAE 2008, 41.
- Junker, Abbo, Internationales Arbeitsrecht in der Praxis im Blickpunkt: 20 Entscheidungen der Jahre 1994-2000, RIW 2001, 94.
- Junker, Abbo, Internationalprivat- und -prozessrechtliche Fragen von Rumpfarbeitsverhältnissen, in: Baetge, Dietmar/Hein, Jan von/Hinden, Michael von (Hrsg.), Die richtige Ordnung, Festschrift für Jan Kropholler zum 70. Geburtstag, 2008, S. 481.
- Kiel, Heinrich/Lunk, Stefan/Oetker, Hartmut (Hrsg.), Münchener Handbuch zum Arbeitsrecht, 4 Bde., 4. Aufl. 2019 (zit.: MünchArbR-Bearbeiter).
- Koch, Harald/Magnus, Ulrich/Winkler v. Mohrenfels, Peter, IPR und Rechtsvergleichung, 4. Aufl., München 2010.
- Kölpin, Joachim, Die Ausstrahlung des Betriebsverfassungsgesetzes 1972 bei der Entsendung von Arbeitnehmern deutscher Unternehmen ins Ausland, Diss. Bayreuth 1987.
- Kort, Michael, Bildung und Stellung des Konzernbetriebsrats bei nationalen und internationalen Unternehmensverbindungen, NZA 2009, 464.
- Kraushaar, Bernhard, Ausländische Arbeitnehmer in der BRD oder Bundesdeutsche im Ausland – gilt deutsches oder ausländisches Arbeitsrecht?, AiB 1989, 53.
- Krebber, Sebastian, Internationales Privatrecht des Kündigungsschutzes bei Arbeitsverhältnissen, Baden-Baden 1997 (zugl. Trier, Univ., Diss. 1996/97).
- Kropholler, Jan, Internationales Privatrecht, 6. Aufl., Tübingen 2006.
- Lembke, Mark, Anm. zu BAG 12.2.2003 – 10 AZR 299/02, DB 2003, 1065.
- Lingemann, Stefan, Anm. zu BAG 12.2.2003 – 10 AZR 299/02, AP Nr. 243 zu § 613a BGB.
- Lingemann, Stefan/Diller, Martin/Mengel, Anja, Aktienoptionen im internationalen Konzern – ein arbeitsrechtsfreier Raum?, NZA 2000, 1191.
- Linsenmaier, Wolfgang, Form follows function – zum Verhältnis von formeller und materieller Betriebsverfassung, in: Gräfl, Edith/Lunk, Stefan/Oetker, Hartmut/Trebing, Yvonne (Hrsg.), 100 Jahre Betriebsverfassungsrecht, München 2020, S. 409.
- Lipinski, Wolfgang/Melms, Christopher, Die Gewährung von Aktienoptionen durch Dritte, z.B. eine Konzernmutter – von Dritten geleistetes Arbeitsentgelt?, DB 2003, 150.
- Lipperheide, Peter/Jürgen, Die Arbeitnehmervertretungen und ihre Bedeutung bei einem deutschen Betrieb eines Unternehmens mit Sitz im Ausland, Frankfurt/M. 1980 (zugl. Bielefeld, Univ., Diss. 1978).

- Lorenz, Egon, Anm. zu BAG 7.12.1989 – 2 AZR 228/89, AP Nr. 27 zu Internationales Privatrecht Arbeitsrecht.
- Lorenz, Egon, Die Grundsätze des deutschen internationalen Betriebsverfassungsrechts, in: Pfister, Bernhard/Will, Michael R. (Hrsg.), Festschrift für Werner Lorenz zum 70. Geburtstag 1991, S. 441.
- Löwisch, Manfred, Haftungsdurchgriff und Berechnungsdurchgriff bei Sozialplänen, ZIP 2015, 209.
- Löwisch, Manfred/Kaiser, Dagmar (Hrsg.), Betriebsverfassungsgesetz, 7. Aufl., Düsseldorf 2017.
- Müller-Glöge, Rudi/Preis, Ulrich/Schmidt, Ingrid (Hrsg.), Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht, 20. Aufl., München 2020 (zit.: *ErfK-Bearbeiter*).
- Nehls, Albrecht/Sudmeyer, Jan, Zum Schicksal von Aktienoptionen bei Betriebsübergang, ZIP 2002, 201.
- Neumann-Duesberg, Horst, Betriebsverfassungsrecht, Berlin 1960.
- Nick, Thomas, Konzernbetriebsrat und Sozialplan im Konzern, Zugleich ein Beitrag zur Entwicklung einer interessendualistischen Konzernverfassung, Berlin 1992 (zugl. Hohenheim, Univ., Diss. 1991).
- Oetker, Hartmut, Sozialplandotierung in konzernabhängigen Unternehmen durch die Einigungsstelle im Schnittfeld von Arbeits- und Gesellschaftsrecht, in: Henssler, Martin/Joussen, Jakob/Maties, Martin/Preis, Ulrich (Hrsg.), Moderne Arbeitswelt, Festschrift für Rolf Wank, München 2014, S. 383.
- Otto, Björn/Mückl, Patrick, Grenzen der Mitbestimmung des Betriebsrats bei Aktienoptionsplänen, DB 2009, 1594.
- Peix, Mathias, Errichtung und Fortbestand des Gesamtbetriebsrats unter Berücksichtigung von gewillkürten Arbeitnehmervertretungen und Unternehmensumstrukturierung, Berlin 2007.
- Piran, Jacqueline, Anm. zu BAG 12.2.2003 – 10 AZR 299/02, DB 2003, 1065.
- Preis, Ulrich/Schwarz, Katharina, Dienstreisen als Rechtsproblem, Frankfurt/M. 2020.
- Reichold, Hermann, Die reformierte Betriebsverfassung 2001, Ein Überblick über die neuen Regelungen des Betriebsverfassungs-Reformgesetzes, NZA 2001, 857.
- Reiff, Peter, Anm. zu BAG 7.12.1989 – 2 AZR 228/89, SAE 1990, 248.
- Reiter, Christian, Anwendbare Rechtsnormen bei der Kündigung ins Ausland entsandter Arbeitnehmer, NZA 2004, 1246.
- Richardi, Reinhard, Mitbestimmung und Auslandsbeschäftigung, IPRax 1983, 217.
- Richardi, Reinhard (Hrsg.), Betriebsverfassungsgesetz, 16. Aufl., München 2018.
- Röder, Gerhard/Powietzka, Armin, Gesamt- und Konzernbetriebsräte in internationalen Konzernunternehmen, DB 2004, 542.
- Säcker, Franz Jürgen/Rixecker, Roland/Oetker, Hartmut/Limperg, Bettina (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Bd. 1, Allgemeiner Teil, 8. Aufl., München 2018; Bd. 12, Internationales Privatrecht II, 7. Aufl., München 2018 (zit.: *MünchKomm-Bearbeiter*).

- Salamon, Erwin*, Rechtsfolge der fehlenden Errichtung eines Gesamt- oder Konzernbetriebsrats für die Ausübung der betrieblichen Mitbestimmung, NZA 2019, 283.
- Schipp, Johannes*, Abschied vom Berechnungsdurchgriff – Neue Regeln zur Anpassung von Betriebsrenten im Konzern –, DB 2010, 112.
- Schlachter, Monika*, Grenzüberschreitende Arbeitsverhältnisse, NZA 2000, 57.
- Schlüpers-Oehmen, Reinhold*, Betriebsverfassung bei Auslandstätigkeit, Ein Beitrag zum Internationalen Betriebsverfassungsrecht, Köln u.a. 1984 (zugl. Köln, Univ., Diss.).
- Schmid, Manfred/Martin, Anna*, Der Konzernbetriebsrat, Chancen für ausländische Arbeitgeber, AuA 2016, 599.
- Schmidt, Karsten/Lutter, Marcus* (Hrsg.), Aktiengesetz, 4. Aufl., Köln 2020 (zit.: Schmidt/Lutter-Bearbeiter).
- Schmidt, Kristina*, Die substitutive Organisation der Betriebsverfassung durch Tarifvertrag, in: Gräfl, Edith/Lunk, Stefan/Oetker, Hartmut/Trebing, Yvonne (Hrsg.), 100 Jahre Betriebsverfassungsrecht, München 2020, S. 693.
- Schmidt, Marlene*, Errichtung eines Konzernbetriebsrats bei im Ausland gelegener Konzernspitze, NZA 2020, 492.
- Schmitker, Elmar/Grau, Timon*, Übergang und Anpassung von Rechten aus Aktienoptionsplänen bei Betriebsübergang nach § 613a BGB, BB 2002, 2497.
- Schubert, Claudia*, Berechnungsdurchgriff bei der Dotierung von Sozialplänen und der Anpassung von Betriebsrenten – Arbeitsrecht in den Grenzen des Gesellschaftsrechts, in: Boemke, Burkhard/Lembke, Mark/Linck, Rüdiger (Hrsg.) Festschrift für Gerrick Frhr. v. Hoyningen-Huene zum 70. Geburtstag, München 2014, S. 441.
- Schulz, Sebastian/Pfrang, Sebastian*, Reichweite und Grenzen von Auskunfts- und Informationsansprüchen des Betriebsrats, BB 2018, 1396.
- Schumacher, Susanna*, Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats in internationalen Konzernunternehmen, NZA 2015, 587.
- Schweibert, Ulrike*, Berechnungsdurchgriff im Konzern zum Zwecke der Sozialplanfinanzierung – Schimäre oder reale Chance?, NZA 2016, 321.
- Seel, Henning-Alexander*, Grenzüberschreitende Arbeitnehmerentsendung – Ein Überblick über arbeits-, sozial- und steuerrechtliche Fragen, MDR 2011, 5.
- Simitis, Spiros*, Internationales Arbeitsrechts – Standort und Perspektiven, in: Lüderitz, Alexander/Schröder, Jochen (Hrsg.), Internationales Privatrecht und Rechtsvergleichung im Ausgang des 20. Jahrhunderts, Bewahrung oder Wandel?, Festschrift für Gerhard Kegel, Frankfurt/M. 1977, S. 153.
- Spindler, Gerald*, Mitbestimmung im Konzern – Die Konzern-im-Konzern-Doktrin, AG 2020, 681.
- Staudacher, Heribert Paul*, Internationale Betriebsverfassung, ein Fall zwingenden Rechts im arbeitsrechtlichen Kollisionsrecht, Diss. Regensburg 1974/75.
- Stoffels, Markus/Lembke, Mark*, Betriebsverfassungsrecht, 7. Aufl., München 2020.
- Sura, Stephan*, Anm. zu BAG 20.3.2018 – 1 ABR 15/17, EWiR 2018, 663.
- Sura, Stephan*, Ausstrahlung und Wirkung des deutschen Betriebsverfassungsrechts auf im Ausland tätige Arbeitnehmer, RIW 2019, 126.

- Temming, Felipe*, Der vertragsbeherrschende Dritte, Drittbeherrschte Schuldverhältnisse und Sonderverbindungen im Sinne des § 311 Abs. 3, 2 Nr. 3 BGB unter besonderer Berücksichtigung des Konzernhaftungsrechts, Baden-Baden 2015 (zugl. Köln, Univ. Habil. 2014).
- Ullrich, Thilo*, Zulässigkeit der Bildung eines Konzernbetriebsrats bei im Ausland gelegener Konzernobergesellschaft?, DB 2007, 2710.
- Weber, Helmut J.*, Das Zwingende an den zwingenden Vorschriften im neuen internationalen Arbeitsrecht, IPRax 1988, 82.
- Wiese, Günther/Kreutz, Peter/Oetker, Hartmut/Raab, Thomas/Weber, Christoph/Franzen, Martin/Gutzeit, Martin/Jacobs, Matthias*, Betriebsverfassungsgesetz, Gemeinschaftskommentar, 2 Bde., 11. Aufl., Köln 2018 (zit.: GK-Bearbeiter).
- Willemsen, Heinz Josef*, Einbeziehung nicht-arbeitsrechtlicher Verträge in das Arbeitsrecht – Zum Geltungsumfang des Arbeitsrechts und zu den Grenzen vertraglicher Gestaltungsfreiheit –, in: Wank, Rolf/Hirte, Heribert/Frey, Caspar/Fleischer, Holger/Thüsing, Gregor (Hrsg.), Festschrift für Herbert Wiedemann zum 70. Geburtstag, München 2002, S. 645.
- Willemsen, Heinz Josef/Hohenstatt, Klaus-Stefan/Schweibert, Ulrike/Seibt, Christoph H.* (Hrsg.), Umstrukturierung und Übertragung von Unternehmen, 5. Aufl., München 2016 (zit.: Willemsen/Hohenstatt/Schweibert/Seibt-Bearbeiter).
- Witschen, Stefan*, Matrixorganisationen und Betriebsverfassung, RdA 2016, 38.
- Wlotzke, Otfried/Preis, Ulrich/Kreft, Burghard* (Hrsg.), Betriebsverfassungsgesetz, 4. Aufl., München 2009 (zit.: WPK-Bearbeiter).
- Wollwert, Klaus*, Die Errichtung des Konzernbetriebsrats in nationalen und internationalen Konzernen, Hamburg 2011 (zugl. Köln, Univ., Diss. 2011).
- Wutte, Joachim*, Bemessungsdurchgriff bei der Sozialplandotierung im Konzern, ZfA 2016, 261.

In der Schriftenreihe des Hugo Sinzheimer Instituts für Arbeitsrecht sind zuletzt erschienen:

- Band 37** Rüdiger Krause
Agile Arbeit und Betriebsverfassung
ISBN 978-3-7663-7119-5
- Band 36** Daniel Ulber/Kyra Klocke
Diskriminierung Minderjähriger bei der Wahl zum Betriebsrat
ISBN 978-3-7663-7115-7
- Band 35** Thorsten Kingreen
Exklusive Tariföffnungsklauseln
ISBN 978-3-7663-7059-47
- Band 34** Ninon Colneric/Simon Gerdemann
Die Umsetzung der Whistleblower-Richtlinie in deutsches Recht
ISBN 978-3-7663-7058-7
- Band 33** Bernd Waas
Mitbestimmung des Betriebsrats in Fragen der Ordnung des Betriebs und des Verhaltens der Arbeitnehmer im Betrieb
ISBN 978-3-7663-7044-0
- Band 32** Daniel Ulber
Vorgaben des EuGH zur Arbeitszeiterfassung
ISBN 978-3-7663-7041-9
- Band 31** Ulrich Preis/Katharina Schwarz
Dienstreisen als Rechtsproblem
ISBN 978-3-7663-7031-0
- Band 30** Olaf Deinert/Elena Maksimek/Amélie Sutterer-Kipping
Die Rechtspolitik des Arbeits- und Sozialrechts
ISBN 978-3-7663-6932-1
- Band 29** Daniel Klocke
Das BetrVG und der Arbeitskampf im Betrieb
ISBN 978-3-7663-6935-2
- Band 28** Marita Körner
Die Auswirkungen der Datenschutz-Grundverordnung (DSGVO) in der betrieblichen Praxis
ISBN 978-3-7663-6928-4

Weitere Informationen zur Schriftenreihe: www.hugo-sinzheimer-institut.de