

3. Wettbewerbsverbote in Gesellschafts- oder Unternehmenskaufverträgen, die auch für Arbeitnehmer- bzw. Organmitglied-Gesellschafter gelten, *bezuwecken* regelmäßig keine gem. § 75 d S. 2 HGB unzulässige Umgehung der arbeitsrechtlichen Anforderungen. Etwas anderes gilt nur, wenn die Beteiligung am Arbeitgeber als Vergütung für die Arbeitsleistung, insbesondere als variable Vergütung, erfolgt.

4. § 75 d S. 2 HGB verbietet allein Regelungen, die eine unzulässige Umgehung der *Entschädigungspflicht* gem. § 74 II HGB bezwecken. Alle übrigen Bedingungen von nachvertraglichen Wettbewerbsverboten, wie insbesondere auch die

Laufzeit, können durch gesellschaftsrechtliche Vereinbarungen nicht in i.S. des § 75 d S. 2 HGB unzulässiger Weise umgangen werden.

5. Sämtliche Leistungen, die ein Arbeitnehmer bzw. Organmitglied im Zusammenhang mit seiner Gesellschafterstellung erhält, sind zu berücksichtigen, wenn ein nachvertragliches Wettbewerbsverbot arbeitsrechtlich bewertet wird. Karenzentschädigungen gem. Arbeits- oder Aufhebungsvertrag sollten auf Leistungen aus Gesellschafts- oder Unternehmenskaufvertrag angerechnet werden; dies ist entsprechend zu vereinbaren. ■

Professor Dr. Eva Kocher und Wiss. Mitarbeiter Clemens Sudhof\*

## Die Unternehmensumwandlung im Streik

Unternehmensaufspaltungen bleiben nicht ohne Auswirkungen auf die Landschaft kollektiver Vereinbarungen – schließlich ändert sich nicht nur der Vertragsarbeitgeber einzelner Beschäftigter, sondern auch das Subjekt der Tarifbindung. Bei einem Firmentarifvertrag hat eine Aufspaltung im Ergebnis auch einen vergleichbaren Effekt wie beim Verbandstarifvertrag der Austritt aus dem Arbeitgeberverband oder der Übergang in eine OT-Mitgliedschaft. Entsprechend hat Rieble bereits vor einigen Jahren den „Blitzbetriebsübergang“ als mögliche Fluchtroute für tarifscheue Arbeitgeber ausgemacht (Rieble, RdA 2009, 280 [283]): „Er ist innerhalb weniger Tage zu machen; mehr als eine Vorrats-GmbH braucht es nicht.“ Ob dies in der Tat ein „Königsweg“ ist, wird im nachstehenden Beitrag untersucht.

### I. Einleitung

In einem überregional operierenden und börsennotierten Gesundheitskonzern wurde der erwähnte Gedanke im vergangenen Jahr in die Tat umgesetzt: Nachdem das Unternehmen sich geweigert hatte, Tarifverhandlungen zu führen (man bezahle marktübliche Löhne), war ein Arbeitskampf eingeleitet worden. Wenige Tage nach den ersten Warnstreiks wurde den Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmern sowie der Gewerkschaft angekündigt, dass das bestreikte Unternehmen in mehrere Gesellschaften aufgespalten würde. Vier Wochen später sollten die Arbeitsverhältnisse durch diese Spaltung auf die neu gegründeten Gesellschaften übergehen<sup>1</sup>. Dennoch initiierte die Gewerkschaft nach der Urabstimmung einen unbefristeten Streik, den sie aber kurz vor der Spaltung aus Unsicherheit über das Haftungsrisiko wieder beendete. In den übernehmenden Unternehmen gibt es bis heute keinen Tarifvertrag. Ein ähnliches Vorgehen des Unternehmens zeichnet sich gegenwärtig bei einem Klinikum in Wuppertal ab. Ob das bestreikte Unternehmen mit der Spaltung ansichere Ufer oder ins kalte Wasser gesprungen war, wird im Folgenden beleuchtet.

### II. Ausgangspunkte: Arbeitskampf und Umwandlungsgesetz (UmwG)

Zunächst muss die Frage gestellt werden, ob der Streik gegen den bisherigen Arbeitgeber in einem solchen Fall nicht einfach ohne weiteres weitergeführt werden kann. Dies hängt davon ab, ob er nach wie vor ein sinnvolles Ziel verfolgen kann. So ist insbesondere ein Streik, der keinen Tarifvertragsabschluss zum Ziel hat, rechtswidrig<sup>2</sup>.

### 1. Eintritt der aufgespaltenen Unternehmen in einen bestehenden Haustarifvertrag

Allerdings: Ein Tarifvertrag mit der aufspaltenden Gesellschaft bleibt sinnvoll, denn die Rechte und Pflichten, die er begründet, gehen auf die ausgegründeten Unternehmen über.

Die Spaltung von Gesellschaften nach §§ 123 ff. UmwG hat zur Folge, dass ein Teil oder das ganze Vermögen eines übertragenen Rechtsträgers auf mehrere übernehmende Gesellschaften im Wege einer jeweils „partiellen“ Gesamtrechtsnachfolge übergeht (§ 131 I Nr. 1 UmwG)<sup>3</sup>. Den Umfang des Übergangs regelt der Spaltungs- und Übernahmevertrag (§ 126 I UmwG)<sup>4</sup>. Die arbeitsrechtlichen Folgen für die Tarifbindung regelt im Fall des Firmentarifvertrags nicht § 613 a I BGB. Für den (Firmen-)Tarifvertrag gilt § 131 I Nr. 1 UmwG, wonach der Erwerber ohne weiteres in die Rechtsposition des übertragenden Unternehmens eintritt.

Auf § 613 a I 2 BGB kommt es hier nicht an. Die Norm ist kollektivrechtlich lediglich eine Auffangnorm und vor allem für Branchen-/Verbandstarifverträge relevant. Da die Mitgliedschaft in einem Arbeitgeberverband eine höchstpersönliche Rechtsposition ist (§ 38 BGB), tritt der übernehmende Rechtsträger nicht automatisch in diese ein<sup>5</sup>; ein bestehender Firmentarifvertrag hingegen bindet wegen § 3 I TVG auch den übernehmenden Rechtsträger<sup>6</sup>.

\* Die Autorin Kocher ist Inhaberin der Lehrstuhls für Bürgerliches Recht und Arbeitsrecht an der Europa-Universität Viadrina in Frankfurt/Oder; der Autor Sudhof ist wissenschaftlicher Mitarbeiter an diesem Lehrstuhl.

1 Die Ereignisse sind nachzulesen auf: <http://www.handelsblatt.com/unternehmen/handel-dienstleister/fresenius-tochter-helios-mitarbeiter-gehen-auf-die-barrikaden/7004790.html> (letzter Abruf 2. 5. 2013).

2 ErfK/Dieterich, 13. Aufl. (2012), Art. 9 GG Rdnr. 114; BAGE 23, 292 = NJW 1971, 1668.

3 Schmitt/Hörtnagl/Stratz/Hörtnagl, Komm. z. UmwG u. UmwStG, 5. Aufl. (2009), § 123 UmwG Rdnr. 5; Willemssen, NZA 1996, 791 (794).

4 Windbichler, GesellschaftsR, 23. Aufl. (2013), § 38 Rdnr. 12; Semler/Stengell/Stengel, Komm. z. UmwG, 3. Aufl. (2012), § 125 UmwG Rdnr. 5.

5 BAG, NZA 2008, 307; BAG, NZA 1995, 223; BAG, NZA 1998, 1346; a. A. § 613 a I 2 BGB i. V. mit § 324 UmwG als vorrangige Sonderregel: ErfK/Preis (o. Fußn. 2), § 613 BGB Rdnr. 186, 113; Sagan, RdA 2011, 163 (165), wohl auch Henssler/Strohn/Wardenbach, Gesellschaftsrecht, 2011, § 131 UmwG Rdnr. 25.

6 BAG, NZA 2008, 307 (311); Däubler/Lorenz, TVG, 3. Aufl. (2012), § 3 Rdnr. 176; APS/Steffan, KündigungsR, 4. Aufl. (2012), § 324 UmwG Rdnr. 14; Müller-Glöge, in: MünchKomm-BGB, 6. Aufl. (2012), § 613 a Rdnr. 130; Gaul, NZA 1995, 717 (723), beschränkt dies aber auf den Fall der Übertragung auf ein neu gegründetes Unternehmen.

Es handelt sich damit um eine grundsätzlich andere Situation als im Fall der Entscheidung zum Goethe-Institut, in der das BAG aus der Dauerrechtsbeziehung zur Gewerkschaft, die sich dort aus einem Firmentarifvertrag ergab, lediglich eine Pflicht des Unternehmens zur Einwirkung auf Tochterunternehmen geschlossen hat<sup>7</sup>. Dort hing das Tochterunternehmen zwar tatsächlich von der Haustarifvertragspartei ideell, wirtschaftlich und verwaltungsmäßig ab; das UmwG hatte hingegen keine Anwendung gefunden. Handelt es sich hingegen um eine Spaltung oder um eine Verschmelzung im Sinne des UmwG, werden die neu gegründeten Unternehmen im Wege der partiellen Gesamtrechtsnachfolge automatisch Partei eines Tarifvertrags, den das aufspaltende Unternehmen vor der Spaltung abgeschlossen hatte. Damit hat ein Streik, der sich auf einen Tarifvertrag mit dem ausgründenden Unternehmen richtet, ein sinnvolles Ziel.

## 2. Problem: Aufspaltung vor Beendigung der Tarifvertragsverhandlungen

Problematischer ist es, wenn der Tarifabschluss sich bis nach dem Zeitpunkt des Übergangs verzögert. Denn die Gesamtrechtsnachfolge betrifft nur die zum Zeitpunkt des Übergangs bestehenden Rechtsverhältnisse, weil nur diese vom Spaltungsvertrag und damit von der Wirkung des § 131 I UmwG erfasst werden können<sup>8</sup>. Mit der Auflösung des bisherigen Rechtsträgers und Arbeitgebers gehen die Tarifverhandlungen mit diesem ins Leere.

Es scheint also auf den ersten Blick, als müssten Tarifverhandlungen nun mit den übernehmenden Unternehmen geführt werden. Dementsprechend brach die zuständige Gewerkschaft im eingangs zitierten Fall den Streik zu Gunsten einer Neuaufnahme von Verhandlungen mit den neuen Rechtsträgern ab. Da ein Arbeitskampf nicht beliebig aus- und wieder eingeschaltet werden kann, bedeutet sein Abbruch faktisch in aller Regel eine (vorerst) endgültige Beendigung der Tarifverhandlungen. Es würde zu einer Frage des „Zufalls“<sup>9</sup>, ob ein weiterer Arbeitskampf um Firmentarifverträge mit den neu gegründeten Unternehmen durchgeführt werden konnte – ein Zufall, der im erwähnten Streitfall für die ausgegründeten Unternehmen bis heute nicht eingetreten ist.

Bei dieser doch gravierenden Beeinträchtigung der Handlungsfähigkeit in Tarifverhandlungen fragt es sich, ob der erste Blick hier nicht vielleicht getrogen hat.

## III. Transparenz von Statuswechseln im Arbeitskampf

Nahe liegt die „Blitzspaltung“ beim Firmentarifvertrag ähnlich wie den „Blitzaustritt“ im Fall des Verbandstarifvertrags zu behandeln.

### 1. Störung der Tarifautonomie durch Blitzspaltung?

Für die Fälle des „Blitzaustritts“ aus dem verhandelnden Arbeitgeberverband oder des „Blitzwechsels“ in eine OT-Mitgliedschaft hält das BAG es möglich, dass ein an sich legitimer Austritt bzw. Statuswechsel während Tarifverhandlungen unzulässig sein kann, wenn und soweit er die Funktionsfähigkeit der Tarifautonomie beeinträchtigt<sup>10</sup>. Dies sei Ausdruck des Fairnessgebots, das für Tarifverhandlungen unter Einschluss des Rechts des Arbeitskampfes gelte<sup>11</sup>.

Nicht ganz klar tritt hervor, worin das Gericht die „Störung der Tarifautonomie“ sieht. In der Sache geht es vor allem darum, dass der Verhandlungsgegner durch den Blitzaustritt seine Kontur verliert. Denn es ist in nicht unerheblichem Maße von der Mitgliedsstruktur des Arbeitgeberverbands

abhängig, welche Forderungen eine Gewerkschaft stellt und wie sie auf Angebote reagiert<sup>12</sup>. Die Störung der Tarifautonomie besteht darin, dass der verhandlungsführenden Gewerkschaft die Orientierung am Gegner unmöglich gemacht wird. „(Es) müssen um der Chance der beiderseitigen Angemessenheit der Verhandlungsergebnisse willen Unklarheiten darüber möglichst vermieden werden, wie der Kreis derer zusammengesetzt ist, deren wirtschaftlichen Bedingungen bei der Verhandlung Rechnung getragen werden soll und für den dann die gefundenen Ergebnisse maßgebend sein werden.“<sup>13</sup> Ein solches schützenswertes Vertrauen auf die Kontinuität des Verhandlungspartners besteht auch bei der Verhandlung über einen Firmentarifvertrag. Handelt es sich z. B. um ein heterogenes Unternehmen mit Teilbetrieben, die unterschiedliche Aufgaben wahrnehmen, wirkt sich die Abspaltung einzelner Betriebe erheblich auf die Personal- und Kostenstruktur des Verhandlungspartners aus. Insofern ähnelt die Situation jener, in der einzelne Unternehmen aus der Tarifbindung eines Arbeitgeberverbandes ausscheren und sich dessen Mitgliedsstruktur dadurch verschiebt<sup>14</sup>.

Die Orientierung der Tarifforderungen an der Struktur des Verhandlungspartners ist aber nicht der einzige Aspekt, der zu einer Bewertung des Blitz-Statuswechsels als rechtswidrig führen kann. Die Tarifautonomie wird auch insofern erheblich gestört, als das betroffene Unternehmen bereits in eine Auseinandersetzung einbezogen ist, die nicht beliebig rückholbar oder verschiebbar ist. Denn die Störung liegt nicht im Statuswechsel als solchem, sondern darin, dass der anderen Seite die Möglichkeit genommen wird, darauf angemessen zu reagieren.

Es ergeben sich in erster Linie Transparenz- und Unterrichtungserfordernisse<sup>15</sup>. Deutlich wird zugleich, anhand welcher sachlichen Anhaltspunkte der Zeitpunkt zu bestimmen ist, zu dem die Gewerkschaft als Verhandlungspartner über die eingetretene Veränderung informiert werden muss: Sie muss in die Lage versetzt werden, auf den Statuswechsel zu reagieren. Solange die Tarifverhandlungen noch andauern, dürfte dies möglich sein, da noch nichts Unrückholbares geschehen ist. Dementsprechend hat auch das BAG einen Warnstreik gegen ein Unternehmen nach dessen Wechsel in die OT-Mitgliedschaft für rechtswidrig erklärt, wenn die Unterrichtung über den Sachverhalt vor dem Kampfaufruf sowie ausreichend und hinreichend konkret erfolgt war<sup>16</sup>. Hat jedoch ein Arbeitskampf bereits begonnen, dürfte der Zeitpunkt zur Unterrichtung über die Umstrukturierung spätestens überschritten sein.

Nun werden im Fall einer Unternehmensumwandlung nicht selten die Belegschaft und/oder der Betriebsrat mehr oder weniger formell Informationen über die geplanten Vorgänge erhalten. So ist der Spaltungsvertrag dem Betriebsrat gem. § 126 III UmwG vorzulegen, und zwar einen Monat, bevor

7 BAG, NZA 1992, 321.

8 Vgl. dazu *Henssler/Strohn/Wardenbach* (o. Fußn. 5), § 131 UmwG Rdnr. 2, wonach sich der Umfang der übergehenden Rechte und Pflichten aus dem Spaltungsvertrag ergibt.

9 So die Bewertung dieser Situation durch BAG, NZA 2008, 1366.

10 Zum Blitzaustritt: BAG, NZA 2008, 946; BAG, NZA 2011, 1378; zum Blitzwechsel: BAG, NZA 2008, 1366; BAG, AP Nr. 29 zu § 3 TVG Verbandszugehörigkeit; BAG, NZA 2010, 230; BAG, NZA 2012, 1372; BAG, Urt. v. 21. 11. 2012 – 4 AZR 27/11, BeckRS 2013, 68104.

11 BAG, NZA 2008, 1366.

12 So versteht es (wohl) auch *ErfK/Franzen* (o. Fußn. 2), Art. 9 GG Rdnr. 38 a.

13 BAG, NZA 2008, 1366.

14 BAG, NZA 2008, 1366.

15 Also die von *Rieble*, RdA 2009, 280 (283) sog. „Meldepflicht für Restrukturierungen“.

16 BAG, NZA 2012, 1372.

die Gesellschafter der beteiligten Unternehmen der Spaltung zustimmen<sup>17</sup>, hinzu kommt gegebenenfalls eine Beratungspflicht über einen Interessenausgleich aus §§ 111 f. BetrVG<sup>18</sup>. Allerdings: Die Gewerkschaft kann für Maßnahmen in Tarifverhandlungen und Arbeitskampf nicht auf Informationen durch ihre Mitglieder verwiesen werden. Und eine noch stärkere Unabhängigkeit besteht im Verhältnis zum Betriebsrat. Auch im Ausgangsfall gab das Unternehmen zwar an, Wirtschaftsausschuss und Betriebsrat einige Zeit vor der Umstrukturierung über diese informiert zu haben; deren Mitglieder waren jedoch zum Stillschweigen verpflichtet worden. Tragen Arbeitnehmervertreter solche Informationen weiter, ist die Gefahr arbeits- und sogar strafrechtlicher Konsequenzen nicht auszuschließen (§ 120 I BetrVG). Die „stille Post“ kann folglich von Rechts wegen keine Transparenzanforderungen erfüllen; die Unterrichtung des Tarifverhandlungspartners kann nur unmittelbar diesem gegenüber erfolgen.

## 2. Gegenargument: Parallele zur Betriebsschließung?

Nach Meinung des BAG darf ein bestreikter Arbeitgeber als Arbeitskampfmaßnahme und Reaktion auf gewerkschaftlichen Druck sogar seinen Betrieb stilllegen, auch wenn ihm die Weiterführung in wirtschaftlich sinnvoller Weise möglich und zumutbar wäre<sup>19</sup>. Lässt sich daraus a maiore ad minus schließen, dass die Aufspaltung keine Störung der Tarifautonomie, sondern ein zulässiges Reaktionsmittel auf gewerkschaftlichen Druck sein könne?

Ein wesentlicher Unterschied zwischen beiden Maßnahmen besteht jedoch darin, dass eine Betriebsstilllegung zu einem Ringen führt: Wer kann sie länger durchhalten, der Arbeitgeber, der nicht produziert, oder die Belegschaft, die nicht mehr entlohnt wird? Zu einem derartigen „Kräftemessen“ führt die Spaltung eines Unternehmens aber gerade nicht; bildlich gesprochen flüchtet der Arbeitgeber im Angesicht des Gegners aus dem Ring – und führt wirtschaftlich seine Tätigkeiten unbehindert weiter fort. Die Spaltung eines Unternehmens dient gerade nicht der Auseinandersetzung mit dem Gegner, um diesem einen möglichst günstigen Tarifabschluss abzurufen. Vielmehr lässt sie die tariflich regelungsbedürftige Frage gerade offen und verschiebt den Konflikt. Werden dadurch der anderen Seite Reaktionsmöglichkeiten genommen, indem eingeleitete Arbeitskampfmaßnahmen faktisch endgültig unwirksam gemacht werden, handelt es sich um eine Störung der Tarifautonomie.

## 3. Rechtsfolge: Fortführung des Streiks

Rechtsfolge eines Verstoßes gegen Art. 9 III 2 GG ist nach § 134 BGB die (ausnahmsweise nur relative) Nichtigkeit des Rechtsgeschäfts<sup>20</sup>. Nach Meinung des BAG ist der Blitzaustritt oder OT-Wechsel während der Verhandlungen über einen Verbandstarifvertrag vereinsrechtlich wirksam, jedoch tarifrechtlich unwirksam<sup>21</sup>. Übertragen auf den Fall der Unternehmensspaltung bedeutet dies, dass die Spaltung gegenüber Dritten wirksam werden kann, im Verhältnis zur Gewerkschaft jedoch unwirksam ist.

Dies kann im Ergebnis nur bedeuten, dass mit dem übertragenden Rechtsträger weiterzuverhandeln und gegebenenfalls ein Tarifvertrag abzuschließen ist. In die Rechtspositionen aus dem abgeschlossenen Tarifvertrag träte der neue Rechtsträger dann erst nach Abschluss ein<sup>22</sup>. Problematisch an dieser Lösung ist, dass die Arbeitskampfmaßnahmen selbst nicht das übertragende, sondern die neu gegründeten Unternehmen treffen; bei einer tatsächlichen Maßnahme hilft die Unterscheidung zwischen absoluter und relativer Unwirksamkeit kaum. Andererseits lässt sich eine Rechtsfolge, nach

welcher der übernehmende Rechtsträger sich nicht auf die Spaltung berufen dürfe, kaum begründen; denn nicht dem neuen Unternehmen, sondern dem aufspaltenden Unternehmen ist ja die Störung der Tarifautonomie vorzuwerfen.

Allerdings: Die Last des bereits eingeleiteten Arbeitskampfs könnte ohnehin Teil der Rechte und Pflichten sein, die auf das neue Unternehmen übergehen:

## IV. Rechtsnachfolge in das kollektivrechtliche Schuldverhältnis?

Die Pflicht zur Unterrichtung über Statuswechsel nach Beginn eines Arbeitskampfes ist letztlich nur Ausfluss des zwischen den potenziellen Tarifparteien bestehenden Schuldverhältnisses. Es spricht vieles dafür, dass die partielle Gesamtrechtsnachfolge auch die Rechtsnachfolge in ein kollektivrechtliches, insbesondere arbeitskampfrechtliches Schuldverhältnis erfasst.

### 1. Grundlage und Gegenstand des kollektivrechtlichen Schuldverhältnisses

Ob ein solches Verhandlungsschuldverhältnis allerdings aus den allgemeinen Normen des BGB, insbesondere § 311 II Nrn. 1 und 2 BGB hergeleitet werden kann („kollektivvertragliches Schuldverhältnis“)<sup>23</sup> ist sehr fraglich. Denn die ratio legis dieser Normen – erhöhte Einwirkungsmöglichkeiten und Vertrauen<sup>24</sup> – ist im Fall von Tarifverhandlungen nicht notwendig erfüllt. Für die Konstruktion eines vorvertraglichen Schuldverhältnisses nach § 311 II Nr. 1 BGB reicht zudem nicht jedes Vertrauen<sup>25</sup>, man müsste also die Gewährung besonderen Vertrauens unter Tarifverhandlungspartnern annehmen. Insbesondere in der Arbeitskampfphase beschränkt sich die Vertrauenserwartung aber auf Minimalanforderungen<sup>26</sup> und ist nicht durch die Einwirkungsmöglichkeiten begründet, die der „geschäftliche Kontakt“ schafft, sondern durch die grundrechtlichen Einwirkungsmöglichkeiten und entsprechenden verfassungsrechtlichen Pflichten. Gerade diese Einwirkungsmöglichkeiten (Streik, Aussperrung) sprechen nicht für, sondern gegen die Übertragung der §§ 311 II, 241 II BGB auf den Status ante Tarifvertrag.

Die gegenseitigen verfassungsrechtlichen Positionen begründen ein Schuldverhältnis, das sich nicht aus dem allgemeinen Schuldrecht, sondern aus der Koalitionsfreiheit ergibt<sup>27</sup>.

17 Kommt die Unterrichtung zu spät, hindert dies die Eintragung der Spaltung durch das Registergericht (§ 17 I a. E. UmwG).

18 Hier liegt eine nicht zu unterschätzende Fehlerquelle: Im Ausgangsfall untersagte das ArbG *Schwerin* mit Ur. v. 24. 8. 2012 (1 BVGa 2/12, BeckRS 2013, 70109) die geplante Betriebsänderung bis zum Abschluss eines Interessenausgleichs (zum Streit über den Unterlassungsanspruch vgl. *ErfK/Kania* (o. Fußn. 2), § 111 BetrVG Rdnrn. 26 ff.).

19 BAG, NZA 1994, 1097.

20 BAG, NZA 2010, 230; BAG, NZA 2012, 1372.

21 BAG, NZA 2008, 1366. Im Fall des Blitzaustritts bedeutet dies, dass eine Tarifgebundenheit nach § 3 I TVG entsteht, als habe kein Austritt stattgefunden.

22 *Rieble*, RdA 2009, 280 (283), bezeichnet dies als „Zwangstarifgebundenheit“; eine solche ergibt sich aber tatsächlich aus dem Gesetz (§ 131 I UmwG, § 3 I TVG).

23 Begriff bei *Rieble*, RdA 2009, 280 (284) wohl ablehnend, allerdings zur Rechtslage vor der Schuldrechtsreform: *Hottgenroth*, „Die Verhandlungspflicht der Tarifparteien“, 1990, S. 169 ff.; für die Anwendung der c. i. c.: *Künster*, „Die culpa in contrahendo in vortariflichen Rechtsbeziehungen“, 1994.

24 *Canaris*, „Die Vertrauenshaftung im deutschen Privatrecht“, 1971, S. 440, 538; *Medicus/Petersen*, SchuldR AT, 20. Aufl. (2012), Rdnr. 112; *Larenz*, SchuldR I, 14. Aufl. (1987), S. 106.

25 *Emmerich*, in: MünchKomm-BGB (o. Fußn. 6), § 311 BGB Rdnr. 41.

26 *Künster* (o. Fußn. 23), S. 70.

27 So i. Erg. auch die Herleitung einer vortariflichen Sonderverbindung durch *Künster* (o. Fußn. 23), S. 69-71.

Art. 9 III GG gewährt den Sozialpartnern nicht nur die Freiheit, die Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen zu regeln, also u. a. Tarifverträge zu schließen, sondern bindet sie mit einem entsprechenden Auftrag aneinander<sup>28</sup>. Mit anderen Worten: Die in Art. 9 III GG verbrieft staatliche Zurückhaltung bei der Lohnfindung ist die Vorderseite einer Medaille, auf deren Rückseite die wechselseitige Verpflichtung geprägt ist, Arbeitsbedingungen mit der Gegenseite kollektiv auszuhandeln. Eine Sonderrechtsbeziehung entsteht demnach unabhängig von Vertragsverhandlungen oder dem Gewähren von Vertrauen. Dieses Rechtsverhältnis entsteht auch und gerade dann, wenn sich eine Partei den Verhandlungen verweigert.

Auch Grenzen und Inhalt des Rechtsverhältnisses ergeben sich ausschließlich aus Art. 9 III GG. Ob sich hieraus ein gewerkschaftlicher Anspruch auf Verhandlungsaufnahme ableiten lässt, war Gegenstand einer in den 1960er- und 1980er-Jahren geführten Debatte<sup>29</sup>, die hier nicht relevant ist. Die damals geäußerte Befürchtung, ein wie auch immer gestartetes Schuldverhältnis zwischen Tarifverhandlungspartnern wäre der erste Schritt in Richtung Tarifzensur durch Gerichte<sup>30</sup>, spielt vorliegend jedenfalls keine Rolle. Hier ist Gegenstand des Schuldverhältnisses insbesondere das nach vergeblichen Verhandlungen entstandene Recht der Gewerkschaft auf Einleitung von Streikmaßnahmen. Mit diesem Inhalt geht es auf die ausgegründeten Gesellschaften über, die folglich die Streikmaßnahmen in gleicher Weise dulden müssen oder darauf reagieren können, wie es das spaltende Unternehmen selbst tun müsste oder könnte.

Das gleiche gilt, wenn der übertragende Rechtsträger nur einen Betrieb unter vielen abspaltet, im Übrigen aber weiter mit der Gewerkschaft verhandelt. Dann geht das Schuldverhältnis insoweit auf den neuen Rechtsträger über, als der betreffende Betrieb im Geltungsbereich der bisherigen Verhandlungen liegt. Der einzige Unterschied zur vollständigen Übertragung eines Unternehmens: Der Verhandlungsgegenstand spaltet sich auf, verhandelt wird nicht mehr ein Tarifvertrag, sondern es werden parallel mehrere Tarifverträge mit mehreren Rechtsträgern verhandelt.

## 2. Das arbeitskampfrechtliche Ultima-Ratio-Prinzip gegenüber dem abgespaltenen Unternehmen

Für dieses arbeitskampfrechtliche Schuldverhältnis gelten die allgemeinen Vorschriften über die Gesamtrechtsnachfolge. Der übernehmende Rechtsträger muss danach also den bisherigen Verhandlungsstand einschließlich etwa entstandener arbeitskampfrechtlicher Positionen gegen sich gelten lassen.

Nun könnte man sich fragen, ob nicht das Arbeitskampfrecht die allgemeinen Regeln insofern überlagert, als eine Parallele zu Arbeitskampfmaßnahmen gegen „Außenseiter“ anzunehmen ist. Denn die Rechtsprechung bejaht grundsätzlich die Frage, ob ein Arbeitskampf trotz Wechsel des Kampfgegners zulässig sein könne. Wie ein Außenseiterunternehmen sich aktiv (durch Aussperrung) einem Arbeitskampf anschließen kann, wenn die Geltung der Verbandstarife generell in den Arbeitsverträgen vereinbart ist<sup>31</sup>, ist es auf der anderen Seite möglich, ein Außenseiterunternehmen zu bestreiken, wenn dieses die gestellte Forderung ebenfalls erfüllen kann (insbesondere weil es sich im fachlichen und örtlichen Anwendungsbereich des geforderten Tarifvertrags befindet)<sup>32</sup>. Das BAG betont in diesem Zusammenhang allerdings regelmäßig, dass für die Rechtmäßigkeit eines solchen Streiks maßgeblich sei, ob dieser auch gegen den Außenseiter ultima-ratio ist. Hierfür komme es darauf an, dass zuvor Forderungen

seitens der Gewerkschaft erhoben und „in der Regel“ verhandelt worden seien<sup>33</sup>.

Jedoch kann auch nach diesen Regeln unter bestimmten Voraussetzungen die gegen einen Verhandlungspartner erhobene Forderung als gegenüber anderen erhoben angesehen werden<sup>34</sup>. Dies hat das BAG z. B. in einem Fall akzeptiert, in dem ein Außenseiterunternehmen einen Firmentarifvertrag abgeschlossen hatte, der vollständig auf den Verbandstarifvertrag verwies, für den aber anders als für den Verbandstarifvertrag die Friedenspflicht noch galt<sup>35</sup>. Diese Konstellation ist mit dem Fall der Ausgründung insofern vergleichbar, als der Tarifvertrag, für den gestreikt wird, nach § 131 I UmwG genauso unproblematisch auf die ausgegründeten Unternehmen anwendbar würde wie der Verbandstarifvertrag auf ein Unternehmen, das kraft Firmentarifvertrags zu seiner Übernahme verpflichtet ist.

Für eine uneingeschränkte Anwendung der Gesamtrechtsnachfolge auf die arbeitskampfrechtlichen Rechte und Pflichten spricht auch das Argument „a maiore ad minus“: Ein Unternehmen, das nach § 3 TVG einen Tarifvertrag gegen sich gelten lassen muss, den es weder mitverhandelt noch mitunterzeichnet hat, muss auch eine bloße Verhandlungssituation, welche die Einflussnahme auf die Vertragsinhalte sogar noch ermöglicht, gegen sich gelten lassen.

Der übernehmende Rechtsträger ersetzt den übertragenden, tritt also exakt in dessen Verhandlungsposition ein. Der neue Rechtsträger kann in gleicher Weise reagieren wie der übertragende – auch was die Wiederaufnahme von Verhandlungen angeht. Denn es sind durchaus Fallgestaltungen denkbar, in denen der ultima-ratio-Grundsatz die Verhandlungspartner zurück an den Verhandlungstisch zwingt. Haben die Tarifparteien dieses Stadium aber bereits verlassen, ändert der Rechtsübergang daran nichts. Es bleibt bei dem allgemeinen Grundsatz, dass der kampfführenden Gewerkschaft im Tarifkonflikt eine Einschätzungsprärogative dahingehend zukommt, ob weitere Verhandlungen sinnvoll sind, oder nicht<sup>36</sup>.

## V. Ergebnis und Fazit

1. Was für Blitzaustritte und OT-Wechsel schon höchststrich-terlich anerkannt ist, gilt auch für Blitzspaltungen während laufender Tarifverhandlungen: Sie sind potenziell in der Lage, das System kollektiver Lohnfindung empfindlich zu stören. Jedoch wird die Störung der Tarifautonomie in den Fällen der Spaltung bereits dadurch verhindert, dass der neue Rechtsträger in die gesamte arbeitskampfrechtliche Situation im Zeitpunkt der Spaltung eintritt. Auf die Rechtsfolge einer

28 Das *BVerfGE* 28, 295 = NJW 1970, 1635 (1636) spricht von einer entsprechenden „Aufgabe“, die den Koalitionen durch Art. 9 III GG zugewiesen ist; a. A. *Erk/Dieterich* (o. Fußn. 2), Art. 9 GG Rdnr. 53.

29 *BAG*, NJW 1963, 2289; festhaltend: *BAG*, NZA 1989, 601; *Waas*, AuR 1991, 334; zum Ganzen: *Hottgenroth* (o. Fußn. 23).

30 *Waas*, AuR 1991, 335 f.

31 *BVerfGE* 84, 212 = NZA 1991, 809.

32 *BAG*, NZA 1991, 815; so auch schon der *BGH*, NJW 1978, 990, in dem Urteil, mit dem das *BAG* sich hier ausführlich auseinandersetzt.

33 *BAG*, NZA 1991, 815; eine Ausnahme gilt insofern jedenfalls dann, wenn die andere Seite Verhandlungen über eine Forderung überhaupt ablehnt (*BAGE* 58, 364 = NZA 1988, 846).

34 Differenzierend zu *BAG*, NZA 1991, 815; insb. *BAG*, AP Nr. 163 zu Art. 9 GG Arbeitskampf.

35 *BAG*, NZA 2003, 866 = AP Nr. 163 zu Art. 9 GG Arbeitskampf; *BVerfGE*, NZA 2004, 1338 = AP Nr. 167 zu Art. 9 GG Arbeitskampf – selbstverständlich dürfen dabei gegenüber den ausgegründeten Unternehmen keine neuen Forderungen erhoben werden, vgl. *BAG*, NZA 2003, 866 = AP Nr. 163 zu Art. 9 GG Arbeitskampf.

36 *Däubler/Däubler*, Arbeitskampfr, 3. Aufl. (2011), § 14 Rdnr. 9.

relativen Nichtigkeit muss also nicht zurückgegriffen werden.

2. Durch Art. 9 III GG entsteht ein kollektivvertragliches Schuldverhältnis zur verhandelnden Gewerkschaft, das im Falle einer Spaltung vor Tarifabschluss im Wege der Gesamtrechtsnachfolge (§ 131 I UmwG) auf den übernehmenden Rechtsträger übergeht. Auf diese Weise verhindert der Übergang des kollektivrechtlichen Schuldverhältnisses auch bei Teil- oder Mehrfachspaltungen eine Störung der Tarifautonomie. In den Verhandlungsstand des aus Art. 9 III GG fließenden Schuldverhältnisses tritt der übernehmende Rechtsträger entsprechend der allgemeinen Regeln für die Gesamtrechtsnachfolge ein. Streiks, die im Zeitpunkt des Übergangs ultima-ratio gegenüber dem aufspaltenden Rechtsträger waren, muss der übernehmende Rechtsträger nach einer Spaltung dulden, oder ihnen mit den Mitteln begegnen, die seinem Rechtsvorgänger zur Verfügung stan-

den. Wer also glaubte, mit einer Unternehmensspaltung einen Satz an das vor Tarifverhandlungen sichere Ufer gewagt zu haben, muss bei der Landung feststellen, auf der Stelle gesprungen zu sein. Auch im Ausgangsfall wäre eine Fortführung des Arbeitskampfes möglich gewesen.

3. Ob vergleichbare Modi der Umstrukturierung, wie etwa der Betriebsübergang nach § 613 a BGB, mehr Erfolg versprechen, ist zweifelhaft. Der wesentliche Unterschied zwischen § 613 a BGB und der hier diskutierten Unternehmensspaltung liegt darin, dass § 613 a BGB keine umfassende Gesamtrechtsnachfolge nach sich zieht, sondern auf die Überleitung der Arbeitsverhältnisse abhebt. Dennoch treffen den Erwerber auch hier vielgestaltige kollektivrechtliche Verpflichtungen, die der Veräußerer eingegangen war, wie schon § 613 a I 2 BGB zeigt. Es liegt nahe, dass auch diese die arbeitskampfrechtliche Situation erfassen müssen. ■

Professorin Dr. Viktoria Koch-Rust und Rechtsanwältin Professorin Dr. Gabriele Rosentreter\*

## **Ausbildungsverträge bei praxisintegrierten dualen Studiengängen**

### **Aktuelle Praxisfragen unter besonderer Berücksichtigung von Bleibeverpflichtungen**

Studierende, die ein praxisintegriertes duales Studium an einer Hochschule absolvieren, schließen einen Ausbildungsvertrag ab. Sie sind aber keine Auszubildenden, auf die das BBiG anwendbar ist, so dass sich die Frage stellt: Welche rechtlichen Vorschriften sind bei der Vertragsgestaltung zu beachten? Die wichtigsten praxisrelevanten Regelungen im Ausbildungsvertrag (unter anderem Vertragszeit, Kündigungsmöglichkeiten nach der Probezeit) stellen die Autorinnen im nachfolgenden Beitrag vor und untersuchen sie auf ihre Zulässigkeit im Hinblick auf § 307 BGB. Ferner werden häufig Bleibeverpflichtungen kombiniert mit Rückzahlungsklauseln als Nebenabreden zum Vertrag vereinbart. Hierbei stellen sich insbesondere folgende Fragen: Welche Bindungsdauer ist angemessen? Ist der Studierende auch dann zur Rückzahlung verpflichtet, wenn er während der Ausbildung das Studium aufgeben will oder wegen schlechter Prüfungsleistungen aufgeben muss? Unter Berücksichtigung der Rechtsprechung und der Besonderheiten des dualen Studiums geben die Autorinnen hier konkrete Hinweise für die Vertragsgestaltung.

#### **I. Einleitung**

Duale Studiengänge entwickeln sich weiterhin ungebrochen stark. Seit 2005 nahm das Angebot an dualen Studiengängen um 70 % zu<sup>1</sup>. In Deutschland sind über 61 000<sup>2</sup> Studierende in mehr als 900 dualen Studiengängen eingeschrieben<sup>3</sup>.

Im Unterschied zu Studiengängen mit Praxisbezug, bei denen „lediglich“ Pflichtpraktika verlangt werden, zeichnen sich duale Studiengänge dadurch aus, dass durch eine sehr enge curriculare Verzahnung zwischen Hochschule und Unternehmen ein Teil der für den Abschluss erforderlichen Kompetenzen im Betrieb erworben werden. Dabei wird zwischen zwei Arten<sup>4</sup> von dualen Studiengängen unterschieden: ausbildungsintegrierte und praxisintegrierte Studiengänge. Bei dem *ausbildungsintegrierten Studiengang*<sup>5</sup> wird neben dem Studienabschluss auch ein Abschluss in einem anerkannten Ausbildungsberuf durch eine Prüfung bei der IHK oder HWK erworben. Bei den *praxisintegrierten Studiengängen* wird während der Praxisphase keine Berufsausbildung durchlau-

fen. Es wird nur ein Abschluss, in der Regel Bachelor, erworben<sup>6</sup>.

Bei den ausbildungsintegrierten Studiengängen, bei denen parallel zur Berufsausbildung ein Studium absolviert wird, muss sich der Ausbildungsvertrag an den Vorgaben des BBiG orientieren. Das BBiG enthält zwingende Vorgaben in Hinblick auf die Rechte und Pflichten der Vertragsparteien. So sind z. B. Vertragsbindungsklauseln, die die Berufstätigkeit des Auszubildenden nach Abschluss seiner Ausbildung einschränken, unwirksam<sup>7</sup>. Auf praxisintegrierte duale Studiengänge, die an einer Hochschule durchgeführt werden, findet das BBiG keine Anwendung<sup>8</sup>. Hier stellt sich deshalb die Frage: Was sind die notwendigen Inhalte des Ausbildungsvertrags, welche vertraglichen Regelungen sind sinnvoll und zulässig.

#### **II. Rechtsgrundlage praxisintegrierter dualer Studiengänge**

Auf praxisintegrierte duale Studiengänge, die an öffentlichen und privaten Hochschulen durchgeführt werden, finden die Vorschriften des BBiG keine Anwendung, wenn die praktische Tätigkeit im Unternehmen als Bestandteil des Studiums

\* Die Autorinnen sind Professorinnen am Fachbereich Duales Studium an der Hochschule für Wirtschaft und Recht in Berlin.

1 Erfolgsmodell Duales Studium, Leitfaden für Unternehmen, hrsg. von der Bundesvereinigung der Arbeitgeberverbände (BDA) und vom Stifterverband für die Deutsche Wissenschaft, 2011, S. 7.

2 Stand: April 2011.

3 Erfolgsmodell Duales Studium, Leitfaden für Unternehmen (o. Fußn. 1), S. 7.

4 *Berufsintegrierte Studiengänge*, bei denen die Tätigkeit im Unternehmen den Erfordernissen des Studiums angepasst wird, zählen nicht zu den dualen Studiengängen, weil hier nur eine zeitliche und keine inhaltliche Verzahnung von theoretischer und praktischer Ausbildung stattfindet und es sich um eine berufliche Weiterbildung handelt.

5 Fast 50 % aller dualen Studiengänge sind ausbildungsintegrierte Studiengänge. Vgl. hierzu Erfolgsmodell Duales Studium, Leitfaden für Unternehmen (o. Fußn. 1), S. 10.

6 Vgl. zur Abgrenzung: Koch-Rust/Rosentreter, NJW 2009, 3005 und NJW 2011, 2852.

7 § 12 I BBiG.

8 § 3 II BBiG.

