

<b>Literaturverzeichnis.....</b>	<b>XVII</b>
<b>Abkürzungsverzeichnis.....</b>	<b>XXXIX</b>
<b>A. EINLEITUNG .....</b>	<b>1</b>
<b>I. Überblick .....</b>	<b>1</b>
<b>II. Gang der Untersuchung.....</b>	<b>3</b>
<b>B. DIE TRANSFERGESELLSCHAFT IM ÜBERBLICK.....</b>	<b>5</b>
<b>I. Überblick .....</b>	<b>5</b>
1. Einführung.....	5
2. Begriff der Transfergesellschaft.....	6
a) Begriff.....	6
b) Definition .....	6
3. Formen der Transfergesellschaft.....	6
a) Extern.....	7
b) Intern.....	7
4. Historische Entwicklung .....	8
a) Ausgangslage .....	8
b) Rechtslage bis zum 31. März 2012 .....	9
c) Gesetz zur Verbesserung der Eingliederungschancen am Arbeitsmarkt v. 20.12.2011 .....	11
5. Sinn und Zweck .....	12
a) Einsatzmöglichkeit der Transfergesellschaft .....	13
b) Abhängigkeit von der Situation des Unternehmens.....	13
aa) Insolvenz.....	13
aaa) Betriebseinstellung aufgrund Insolvenz .....	13
bbb) Umstrukturierung aufgrund Insolvenz .....	14
bb) Umstrukturierung .....	15
6. Die Vor- und Nachteile.....	15
a) Vorteile.....	15
aa) Arbeitgeber und Erwerber .....	15
bb) Arbeitnehmer .....	19
b) Nachteile .....	21
aa) Arbeitgeber .....	21
bb) Arbeitnehmer .....	21

c)	Das Problem der Quantifizierung von Vor- und Nachteilen einer Transfergesellschaft.....	21
d)	(Gestaltungs-)Risiken .....	23
aa)	Allgemeines .....	23
bb)	Aufstockung, Sprinterklausele .....	23
cc)	Betriebsübergang nach § 613a BGB .....	24
dd)	Aufklärungspflichten.....	25
ee)	Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz .....	26
ff)	Finanzierungsrisiken .....	26
gg)	Qualitätssicherung .....	27
aaa)	Problemdarstellung .....	27
bbb)	Aktuelle Gesetzeslage .....	28
ccc)	Ergebnis .....	32
e)	Bewertung .....	33
7.	Leistungen einer Transfergesellschaft.....	35
a)	Unterstützungsmaßnahmen der Transfergesellschaft.....	36
b)	Profiling .....	37
aa)	Allgemeines .....	37
bb)	Konkretes Vorgehen .....	38
c)	Qualifizierung und Vermittlung.....	39
8.	Beteiligte Parteien.....	40
a)	Arbeitnehmer .....	41
b)	Das Unternehmen als Arbeitgeber .....	41
c)	Dritter Dienstleister .....	41
d)	Betriebsrat.....	43
e)	Gewerkschaft .....	43
f)	Agentur für Arbeit.....	44
9.	Einsetzungswege.....	44
a)	Direktionsrecht .....	45
b)	Aufhebungsvertrag mit Abschluss eines internen Transferarbeitsverhältnisses.....	45
c)	Änderungskündigung .....	45
aa)	Interne Transfergesellschaft .....	45
aaa)	Zumutbares Arbeitsangebot.....	46
bbb)	Stellungnahme .....	46
bb)	Externe Transfergesellschaft .....	48
d)	Dreiseitiger Vertrag .....	48
e)	Zwei aufeinanderfolgende Verträge.....	49
10.	Der dreiseitige Vertrag.....	49

a) Inhaltliche Regelungen .....	49
b) Ausblick: Die sachgrundlose Befristung .....	51
c) Qualität des neuen Vertragsverhältnisses .....	52
aa) Beschäftigungsverhältnis vs. Arbeitsverhältnis .....	52
bb) Stellungnahme .....	54
cc) Einschränkung von Schutzvorschriften .....	56
d) Arbeitspflicht des Arbeitnehmers .....	57
<b>II. Alternativen zur Transfergesellschaft .....</b>	<b>59</b>
1. Alternative Methoden .....	59
2. Erwerberkonzept .....	59
3. Transferagentur .....	60
<b>III. Zusammenfassung .....</b>	<b>60</b>
 <b>C. BETRIEBSBEZOGENE FRAGESTELLUNGEN .....</b>	<b>63</b>
<b>I. Einführung .....</b>	<b>63</b>
<b>II. Finanzierung der Transfergesellschaft .....</b>	<b>63</b>
1. Rechtliche Voraussetzungen des § 111 SGB III .....	63
a) Dauerhafter, nicht vermeidbarer Arbeits- und Entgeltausfall .....	63
aa) Betriebsänderung .....	63
aaa) Problematische Rechtslage durch Rechtsprechung .....	64
bbb) Betriebsverfassungsrechtliche Problematik .....	66
ccc) Aus Sicht des SGB III .....	69
ddd) Lösungsansatz .....	71
bb) Arbeits- und Entgeltausfall .....	74
cc) Dauerhaft und nicht vermeidbar .....	74
b) Betriebliche Voraussetzungen .....	76
aa) Personalanpassung aufgrund Betriebsänderung .....	76
bb) Betriebsorganisatorisch eigenständige Einheit .....	76
cc) Integrationserfolg (Nr. 3) und Qualitätssicherung (Nr. 4) .....	77
c) Persönliche Voraussetzungen .....	78
aa) Von Arbeitslosigkeit bedroht .....	78
aaa) Als bald .....	78
bbb) Mit der Beendigung rechnen müssen .....	79
ccc) Voraussichtliche Arbeitslosigkeit nach Beendigung .....	82
bb) Fortsetzung der versicherungspflichtigen Beschäftigung .....	82
cc) Kein Ausschluss .....	82

dd) Meldung bei der Agentur für Arbeit .....	85
d) Beratung durch Agentur für Arbeit .....	85
e) Anzeige des dauerhaften Arbeitsausfalls .....	86
f) Modalitäten des Transferkurzarbeitergeldes .....	86
2. Finanzierung durch den Europäischen Sozialfond .....	87
<b>III. Mitbestimmungsrechtliche Fragen .....</b>	<b>87</b>
1. Übersicht der betriebsverfassungsrechtlichen Mechanismen .....	87
2. Betriebliche Mitbestimmung im abgebenden Betrieb .....	88
a) Beschäftigungssicherung § 92a BetrVG .....	88
b) Mitbestimmungsrechte gem. §§ 111, 112, 112a BetrVG .....	89
aa) Zuordnung zum Sozialplan oder Interessenausgleich (Erzwingbarkeit) .....	89
aaa) Grundsätzliches: Sozialplan oder Interessenausgleich .....	90
bbb) Differenzierungen anhand der konkreten Gestaltung .....	91
bb) Stellungnahme .....	93
c) Versetzung §§ 95, 99 BetrVG .....	95
d) Mitbestimmungsrechte gem. § 87 BetrVG .....	96
e) Mitbestimmung bei Kündigungen gem. § 102 BetrVG .....	96
3. Betriebliche Mitbestimmung in der Transfergesellschaft? .....	96
<b>IV. Auswirkungen einer Transfergesellschaft auf die (Abfindungs-)     Sozialplanzahlung .....</b>	<b>97</b>
<b>V. Die Auswahl eines Transfer-Dienstleisters .....</b>	<b>98</b>
1. Problemstellung .....	98
a) Schichau Seebeckwerft/Transfergesellschaft Küste .....	99
b) Der Fall Opel/Mypegasus/IG Metall .....	100
aa) Mypegasus .....	100
bb) Klaus Franz .....	101
c) Einordnung .....	102
d) Die Intention der privatwirtschaftlichen Transfergesellschaft .....	103
2. Bestandsaufnahme: Wie wird entschieden? .....	104
3. Kriterien und Pflichten bei einer Vergabeentscheidung .....	105
<b>D. BETEILIGUNG DES ARBEITGEBERS BEI DER AUSWAHL     DES ANBIETERS FÜR TRANSFERLEISTUNGEN .....</b>	<b>107</b>
<b>I. Grundlagen zu Nebenpflichten aus dem Arbeits- und     Aufhebungsvertrag .....</b>	<b>107</b>

1.	Grundlage: Die Fürsorge- und Neben(leistungs)pflcht .....	108
a)	Die verschiedenen Nebenpflichten .....	108
b)	Die Neben- und Nebenleistungspflicht .....	109
c)	(Keine) Fürsorgepflicht.....	110
2.	Verhältnis vom Aufhebungsvertrag zum Arbeitsvertrag .....	111
a)	Der Aufhebungsvertrag.....	112
b)	Die BAG Rechtsprechung zu Aufhebungsverträgen und deren Einordnung.....	113
aa)	Die Rechtsprechung .....	113
bb)	Die Einordnung der Rechtsprechung .....	116
c)	Stellungnahme .....	118
3.	Auswirkungen des § 2 SGB III .....	119
a)	Inhalt .....	119
b)	Rechtsqualität .....	120
c)	Stellungnahme .....	121
aa)	Zweistufiger Ansatz.....	122
bb)	Mittelbare Auswirkung auf das Verhältnis zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer .....	124
d)	Ergebnis.....	126
<b>II.</b>	<b>Auswahlpflicht des Arbeitgebers bei einer Transfergesellschaft.....</b>	<b>127</b>
1.	Auswahlpflicht als vertragliche Nebenpflicht.....	127
a)	Allgemeine Überlegung.....	127
aa)	Privatautonomie und Unternehmerfreiheit .....	127
bb)	Der Arbeitgeber als Treuhänder eines unbekannten Wertes .....	128
cc)	Ein schützenswertes Vertrauen des Arbeitnehmers .....	135
dd)	Wirkung des § 2 II SGB III .....	137
ee)	Individuelles Schutzinteresse trotz kollektivrechtlicher Vertretung..	138
ff)	Der Verwaltungsaufwand .....	140
b)	Rechtsprechung .....	140
c)	Bewertung .....	142
aa)	Die grundsätzliche Pflicht zur Auswahl .....	142
aaa)	Alleinverantwortliche Entscheidung des Arbeitgebers .....	143
bbb)	Entscheidung des Arbeitgebers unter Anwendung des § 111 SGB III.....	145
ccc)	Gemeinsame Entscheidung des Arbeitgebers und Betriebsrats unter Anwendung des § 111 SGB III .....	148
bb)	Maßstab .....	149
cc)	Ergebnis.....	151

d)	Rechtsfolgen einer Nebenpflichtverletzung .....	151
aa)	Schadensersatz und Leistungsklage .....	151
bb)	Problematische Bestimmung der Pflichtverletzung und des Schadens .....	153
aaa)	Verursacht die Pflichtverletzung überhaupt einen Verletzungserfolg? .....	154
bbb)	Schwierigkeiten bei Bestimmung des kausalen Schadens .....	157
ccc)	Schadensermittlung durch richterliche Würdigung § 287 ZPO..	158
cc)	Naturalrestitution und Rückabwicklung .....	159
e)	Ergebnis .....	159
2.	Sonderfall: Aufklärungspflicht .....	160
a)	Allgemeiner Herleitungsmaßstab .....	161
b)	Der anwerbende Arbeitgeber .....	162
c)	Auswirkung der „Risikorechtsprechung“ des BAG .....	164
d)	Vergleich beider Rechtsprechungsansätze .....	165
e)	Auswirkung des § 2 SGB III .....	166
f)	Abwägung .....	166
aa)	Abwägung zur Aufklärungsverpflichtung über das Auswahlverfahren .....	166
bb)	Abwägung zur Aufklärungsverpflichtung über die konkreten Entscheidungsgründe .....	169
g)	Rechtsfolgen einer Aufklärungspflichtverletzung .....	170
h)	Ergebnis zur Aufklärungspflicht .....	171
3.	Nebenleistungspflicht .....	171
a)	Keine Nebenleistungspflicht bezüglich eines Auswahlverfahrens .....	171
b)	Relevanz der Nebenleistungspflicht im Hinblick auf die Sicherung der durch ein Auswahlverfahren gewonnenen Qualität .....	171
c)	Ergebnis .....	172

## **E. BETEILIGUNG DES BETRIEBSRATES ..... 173**

I.	<b>Pflichten des Betriebsrats gegenüber dem Arbeitnehmer bei der Auswahl einer Transfergesellschaft .....</b>	<b>173</b>
1.	Verhältnis des Betriebsrats zum Arbeitnehmer .....	173
2.	Rechtsgrundlagen der Pflichten .....	174
a)	Vertrauensvolle Zusammenarbeit gem. § 2 BetrVG .....	174
b)	Grundsätze von Recht und Billigkeit gem. § 75 BetrVG .....	176
c)	Aufgaben des Betriebsrats gem. § 80 BetrVG .....	177
d)	Der Sozialplan gem. §§ 112, 112a BetrVG .....	178

e) Stellungnahme .....	179
f) Ergebnis .....	181
<b>II. Einklagbarer (Erfüllungs-) Anspruch des Arbeitnehmers gegen den Betriebsrat? .....</b>	<b>182</b>
<b>III. Vorteilsnahme .....</b>	<b>183</b>
1. Rechtliche Grundlage der Betriebsratsstellung .....	184
2. Konkrete Möglichkeiten der Vorteilsnahme durch Betriebsratsmitglieder .....	184
a) Vorteilsnahme durch Geldleistungen .....	185
b) Vorteilsnahme durch Sonderbehandlung .....	185
3. Schutzmechanismen für Arbeitnehmer vor Vorteilsnahme .....	186
a) Das Begünstigungsverbot gem. § 78 Satz 2 BetrVG .....	186
aa) Sanktionen gegen den Betriebsrat gem. § 23 I BetrVG .....	187
bb) Allgemeiner Unterlassungsanspruch .....	188
cc) § 823 II BGB als Schutz der Arbeitnehmer vor Benachteiligung... ..	189
dd) Gesamtbeurteilung .....	191
b) Strafrechtliche Sanktionen gem. § 119 BetrVG .....	191
c) Strafrechtliche Verfolgung wegen Untreue gem. § 266 StGB .....	192
aa) Vermögen im Sinne von § 266 StGB .....	193
bb) Vermögensbetreuungspflicht des Betriebsrats (insbesondere in Bezug auf die Sozialplanverhandlungen) .....	194
cc) Stellungnahme .....	196
d) Fazit .....	197
<b>IV. Übertragung auf die Situation der Transfergesellschaft .....</b>	<b>199</b>
1. Nur eine mittelbare Auswahlverpflichtung des Betriebsrats .....	200
a) Nichtigkeit als Rechtsfolge eines Pflichtenverstößes .....	201
b) Die Problematik eines nichtigen Transfersozialplans .....	202
aa) Umgang mit nichtigen Sozialplänen bzw. Betriebsvereinbarungen .....	202
bb) Konkrete Problematik für die Transfergesellschaft .....	202
cc) Lösungsweg .....	203
2. Möglichkeit der Betriebsratsbegünstigung bei der Einsetzung einer Transfergesellschaft .....	205
a) Unterschiedliche Begünstigungsformen und die Schwierigkeit ihrer Einordnung .....	205
b) Keine praktische Rechtsfolge bei Verstoß gegen das Begünstigungsverbot .....	206

c) Fazit .....	206
3. Durchsetzungsmöglichkeiten des Arbeitnehmers .....	207
a) Gegen den Betriebsrat .....	207
b) Anspruch gegen den Arbeitgeber wegen eines Verstoßes durch den Betriebsrat .....	207
4. Ausgleichs- und Sanktionsmöglichkeiten gegen den Betriebsrat .....	208
a) Keine Strafverfolgung des Betriebsrats .....	208
b) Schadensersatzansprüche des Arbeitnehmers? .....	208
aa) Haftung des Gremiums .....	208
bb) Haftung der Mitglieder .....	210
cc) Anspruchsgrundlage .....	210
aaa) § 823 I BGB .....	211
bbb) Deprivilegierung wegen sittenwidriger vorsätzlicher Schädigung gem. § 826 BGB .....	212
ccc) Haftung wegen pflichtwidriger Amtsausübung unter analoger Anwendung von §§ 116, 93 AktG .....	213
<b>V. Ergebnis .....</b>	<b>213</b>
<b>F. BETEILIGUNG DER AGENTUR FÜR ARBEIT .....</b>	<b>217</b>
I. Funktion der Agentur für Arbeit .....	217
II. Funktion der Agentur für Arbeit für die Transfergesellschaft .....	217
III. Möglichkeiten der Agentur für Arbeit auf die Auswahlentscheidung Einfluss zu nehmen .....	218
1. Im Rahmen der Beratung (Absatz 1 Nr. 4) .....	218
2. Im Rahmen der Organisation und Mittelausstattung (Absatz 3 Nr. 3) ..	218
3. Im Rahmen der Qualitätssicherung (Absatz 3 Nr. 4) .....	219
IV. Fazit .....	220
<b>G. LÖSUNGSANSÄTZE DE LEGE FERENDA .....</b>	<b>223</b>
I. Gesetzliche Auswahlverpflichtung unter Obhut der Agentur für Arbeit .....	223
II. Transparenz durch Ausschreibungspflicht .....	223
III. Neuer § 111 III Satz 3, 4 und 5 SGB III .....	224



<b>H. ZUSAMMENFASSUNG UND ERGEBNISSE.....</b>	<b>225</b>
<b>I. Fazit.....</b>	<b>225</b>
<b>II. Zusammenfassung.....</b>	<b>227</b>
1.    Allgemeine Feststellungen.....	227
2.    Konkrete Feststellungen .....	228