

Inhalt

Geleitwort	5
Vorwort	7
Erster Abschnitt: Aus der Praxis der Umstrukturierung von Betrieben und Unternehmen	29
A. Einleitung	29
I. Allgemeines	29
1. Warum diese Arbeit?	29
2. Perspektive dieser Arbeit: Rechte und Interessen von Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmern in der Umstrukturierung	30
II. Subjekte und Objekte des Arbeitsverhältnisses im Allgemeinen	31
1. Das Arbeitsverhältnis als Subjekt-Objekt-Verhältnis	31
a) Rechtliche Grundlagen	31
b) Faktische Grundlagen	31
2. Subjektive Rechte im Arbeitsverhältnis; rechtliche Geltung	32
a) Rechtsgrundlagen der Rechtssubjektivität von Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmern	32
b) Verfahrensrechtliche Aspekte der Rechtssubjektivität von Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmern	33
3. Interessen im Arbeitsverhältnis; faktische Wirksamkeit	34
III. Subjekte und Objekte in der Umstrukturierung von Betrieben und Unternehmen im Besonderen	35
1. Objektstellung des Unternehmens in der Umstrukturierung	36
2. Rechtssubjektivität der Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer	36
3. Grundlagen der Darstellung	36
a) Fokus: Das einzelne Arbeitsverhältnis	36
b) Was hier nicht erörtert wird	37

IV. Allgemeine Zwecksetzungen: Rationalisierung durch Umstrukturierung von Betrieben und Unternehmen	37
1. Zwecke: Ablösung kollektiven Arbeitsrechts durch individuelle Privatautonomie im aufrechterhaltenen Arbeitsverhältnis	37
2. Zwecke: Personalabbau, Kündigung und ihre „strategische Reserve“	38
a) Personalabbau in der Umstrukturierung	38
b) Betriebsbedingte Kündigung und Massenentlassung als „strategische Reserve“ des Arbeitgebers	39
c) Weitere unüberprüfbare Unternehmerentscheidungen	39
3. Konsequenzen für die Darstellung	40
V. Das Schrifttum zur Relevanz der Umstrukturierung von Betrieben und Unternehmen	42
B. Definitions- und Forschungsprobleme; Informationsdefizite	43
I. Begriffsbestimmung der Umstrukturierung?	44
1. Definitionsversuche	44
2. Drei „Ebenen“?	45
3. Vorrang des Gesellschafts- vor dem Arbeitsrecht?	47
II. Keine gesicherten wissenschaftlichen Erkenntnisse über gesamtwirtschaftliche Resultate von Umstrukturierungen	49
1. Unbekannte Konsequenzen für das System der Arbeitsbeziehungen	49
2. Gründe	50
III. Keine empirische Forschung zu Umstrukturierungen, insbesondere nicht zu gesamtwirtschaftlichen Aspekten	51
IV. Die Umstrukturierung von Betrieben und Unternehmen als Teil der Entwicklung der Arbeitsbeziehungen	51
1. Keine Geschichte der Umstrukturierungen	51
2. Jedoch: einige Hinweise zu Umstrukturierungen in den „Jahrbüchern für Arbeitsrecht“	53
a) Allgemeine Aussagen zur Umstrukturierung in den „Jahrbüchern“	54
b) Arbeitslosigkeit; Deregulierung der Arbeitsbeziehungen und Umstrukturierung	55
c) Implikationen der Arbeitsmärkte nach der deutschen Einigung und der Ost-Erweiterung der EG/EU – verstärkte Billiglohnkonkurrenz	56

d) Arbeitsgesetze	56
e) Tarifaautonomie	57
V. Resümee	58
VI. Was hier nicht zum Thema wird: Neue „Runden“ der Fortentwicklung der Arbeitsbeziehungen – Arbeit 4.0, Corona, Digitalisierung, Transformation	59
C. Soziale und rechtliche Wirkungen von Umstrukturierungen	61
I. Aktueller Bedeutungsverlust kollektiven Arbeitsrechts	62
1. Rückläufige Tarifgebundenheit – Tariffucht	62
2. Rückläufige betriebliche und Unternehmens- mitbestimmung – Flucht aus der Mitbestimmung	64
3. Substitution kollektiven Arbeitnehmerschutzrechts durch individuelles Arbeitsrecht	65
II. „Flickenteppich“ der kollektivrechtlich gestalteten Arbeitsbedingungen	65
III. Einzelwirtschaftliche Rationalität versus gesamt- wirtschaftliche Irrationalität	67
IV. Insbesondere: Kompensation zugunsten der Rechtssub- jektivität der Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer durch gesetzliche Mindestarbeitsbedingungen? Beispiel MiLoG	68
V. Insbesondere: Milderung von Funktionsdefiziten der Vertragsfreiheit bei der Arbeitsvertragsgestaltung durch Gesetze zugunsten des einzelnen Arbeitnehmers?	69
1. Das AGG	70
2. AGB-Kontrolle	71
D. Resümee	73
E. Praxisfälle	74
I. Unterscheidung der Fallbeispiele nach Formen der Umstrukturierung	74
II. Umstrukturierung durch Betriebsübergang im Wege der Einzelrechtsnachfolge – alles „bloß auf dem Papier“	75
1. Ein Urteil des BAG: Betriebsübergang statt Betriebs- stilllegung	75
2. Die Umstrukturierung im Zusammenhang unter- nehmerischer Maßnahmen versus Beschränkung der Entscheidung des Gerichts auf den Streitgegen- stand des Einzelfalls	77

III. Umstrukturierung durch Unternehmensaufspaltung nach dem UmwG	78
1. Keine organisierte Zusammenfassung von Ressourcen mit eigenem Zweck vor Aufspaltung	78
2. Unwirksamer Interessenausgleich mit Namensliste nach § 323 Abs. 2 UmwG	79
3. Wahlrecht des Arbeitnehmers, welchem aus der Unternehmensaufspaltung hervorgegangenen Unternehmen er angehören will	80
4. Schlussfolgerung	80
IV. Aufspaltung des Betriebs und anschließende Teilbetriebsübergänge durch Einzelrechtsnachfolge – der „Ja-Sager/Nein-Sager“-Fall vor dem BAG	81
1. Sachverhalt und Klageanträge	81
2. Ausgang des Verfahrens und Resümee	83
V. Unternehmensinterne Umstrukturierungen – Auswechseln von Betriebsleitungen als Eingliederung?	85
VI. Formelle und materielle Privatisierungen	86
F. Überblick über die Darstellung im Zweiten bis Vierten Abschnitt	87
Zweiter Abschnitt: Sachverhalte und Probleme der Umstrukturierung von Betrieben und Unternehmen	92
A. Begriffliche, faktische und rechtliche Aspekte zu Umstrukturierungen von Betrieben und Unternehmen	92
I. Ausgewählte Umstrukturierungsformen	92
II. Enges und weites Verständnis der Umstrukturierung	93
1. Engeres Verständnis der Umstrukturierung: Keine Änderung der konkreten Arbeitsprozesse; „alles auf dem Papier“	93
2. Weiteres Verständnis von Umstrukturierung – „Zusammenhänge“ mit anderen Formen der Rationalisierung; Unterschiede	95
a) Zusammenhänge	96
b) Unterschiedliche Auswirkungen verschiedener Formen von Umstrukturierungen auf die Arbeitsverhältnisse	99

III. Formen und Regelungen der Umstrukturierung	102
1. Grundsatz: Wahlfreiheit bezüglich des Ob, Wann und Wie der Umstrukturierung	102
2. Outsourcing	103
3. Rein unternehmensinterne Umstrukturierung; Betriebsspaltung	104
4. Privatisierung	105
5. Unternehmensorganisation des Arbeitgebers	107
6. Umstrukturierungs-„Kaskaden“; Beispiel: leveraged buy out	108
B. Zwecke und Wirkungen von Umstrukturierungen für Rechte und Interessen des Unternehmens im Einzelnen	109
I. Gründe der Umstrukturierung von Betrieben und Unternehmen – Wettbewerb um Reduzierung der Personalkosten	109
II. Taktische und strategische Aspekte	111
1. Zwecke von Umstrukturierungen im Arbeitsverhältnis: Verbilligung der Arbeitskraft; Abbau von Arbeitsplätzen	111
2. „Teile und herrsche“	111
a) Aufhebung unternehmerischer Herrschaft durch Teilung	111
b) Inhalt und Umfang konkreter Arbeit versus ihre formalrechtliche Zerteilung	112
3. Auseinanderfallen der rechtlichen und der sozialen Macht in den Arbeitsbeziehungen	112
4. Schwächung der betrieblichen Verbundenheit der Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer	113
5. Strategie und Taktik der Umstrukturierung	114
a) „Salami-Taktik“	114
b) Kern- und Randbelegschaften	115
c) Bestehende versus künftige Arbeitsverhältnisse	116
d) Arbeitsverhältnisse in Parallel-, Sukzessiv- und sonstigen Ergänzungs- oder „Austausch“-Gesellschaften	116
6. Haftungsbegrenzung	119
7. Kleine und große Fluchten	121
a) Flucht aus kollektivem Arbeitsrecht	121

b) Flucht in eine „freundlicher gesinnte Jurisdiktion“ (Pistor)	122
8. Komplexität des Umstrukturierungsprozesses versus punktuelle Geltung des Arbeitsrechts	123
9. Allgemeines: Gewinnsicherung und -erhöhung	125
III. Aspekte des Arbeitsrechtssystems	125
1. Tarifverträge	125
2. Arbeitskampfrechtliche Aspekte von Umstrukturierungen	128
3. Individualarbeitsrechtliche Konsequenzen	129
a) Schwellenwerte	129
b) Arbeitsgerichtlicher Schutz bei betriebsbedingter Kündigung – Unternehmensbezug der Weiterbeschäftigung; Betriebsbezug der Sozialauswahl	129
c) Der arbeitsrechtliche Gleichbehandlungsgrundsatz	130
C. Folgen von Umstrukturierungen mit und ohne Betriebsinhaberwechsel für die Interessen und Rechte der Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer	131
I. Rechtliche Irrelevanz von Umstrukturierungen für das Arbeitsverhältnis?	131
1. Was dem „Zugriff des Arbeitsrechts“ entzogen sein soll	131
2. Begrenzte Bedeutung des Arbeitsrechts in der Umstrukturierung	132
II. Rechtliche Relevanz von Umstrukturierungen für das Arbeitsverhältnis	133
1. Widerspruch gegen den Betriebsinhaberwechsel	134
a) Gemeinsamer Widerspruch durch mehrere Beschäftigte – Rechtsmissbrauch?	134
b) Handlungsmöglichkeiten des Arbeitgebers bei Widerspruch	135
c) Alternativen: Personalüberleitung; Personalgestaltung?	136
d) Änderungskündigung mit dem Ziel der Weiterarbeit beim Erwerber	137
2. Kein Widerspruchsrecht bei Verschmelzung, Vermögensübertragung und Unternehmensaufspaltung	137

3. Objektstellung des Arbeitnehmers beim Betriebsübergang in betriebsmittelarmen Betrieben	139
a) Betriebsmittelarme Betriebe	139
b) Übergang des wesentlichen Teils der Belegschaft	140
4. Berufung der Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer auf unzureichende bzw. falsche Unterrichtung gemäß § 613a Abs. 5 BGB	142
5. Rechte des Betriebsrats und betroffener Arbeitnehmerinnen/Arbeitnehmer bei Kündigung nach unternehmensinterner Aufspaltung und Widerspruch („Ja-Sager und Nein-Sager 2“)	143
a) Betriebsverfassungsrechtliche und kündigungsschutzrechtliche Konsequenzen	143
b) Schlussfolgerungen	145
6. Rechte des Betriebsrats – Relativierung der Objektstellung des Arbeitnehmers?	146
a) Rechte des Betriebsrats bei Funktionsnachfolge	146
b) Rechte des Betriebsrats beim Betriebsübergang	147
c) Rechte des Betriebsrats bei Trennung in eine Besitz- und Produktionsgesellschaft	148
7. Relativierung der Objektstellung des Arbeitnehmers bei Umstrukturierungen nach dem UmwG	150
a) Namensliste im Interessenausgleich (§ 323 Abs. 2 UmwG)	150
b) Grob fehlerhafte Zuordnung	151
8. Zuordnung im Spaltungsvertrag (§ 131 Abs. 1 Nr. 1 i.V.m. § 126 UmwG) und Wahlrecht der Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer zum Übergang seines Arbeitsverhältnisses auf eines der aus der Spaltung hervorgegangenen Unternehmen	152
III. Zwingendes Arbeitnehmerschutzrecht und arbeitsvertragliche Gestaltungsfreiheit im Betriebsübergang	153
IV. Die Zuordnung vor dem Betriebsübergang, der Übergang der betrieblichen Leitungsmacht und die Betriebsidentität nach Betriebsübergang – Handlungsmöglichkeiten, Interessen und Rechtspositionen der Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer?	156
1. Identität der wirtschaftlichen Einheit im Ziel- und im Ausgangsbetrieb	156

a) LAG Düsseldorf und EuGH: Wahrung der Identität beim Zielunternehmen (Klarenberg 1)	157
b) BAG: abgrenzbare organisatorische Einheit und betrieblicher Teilzweck beim Ausgangsunternehmen (Klarenberg 2)	157
2. Zuordnung der Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer zur wirtschaftlichen Einheit und Interessen der betroffenen Arbeitnehmer	159
3. Übergang der betrieblichen Leitungsmacht	161
4. „Identitätszerstörende Eingliederung“ oder „funktionelle Verknüpfung“ der übertragenen Faktoren beim Erwerber?	162
V. Handlungsoptionen, Interessen und Rechtspositionen des Arbeitnehmers bei Spaltungen, Zusammenfassungen und Eingliederungen innerhalb des Unternehmens	163
1. Unternehmensinterne Umstrukturierung versus Betriebsinhaberwechsel	163
a) Ähnlichkeiten und Gemeinsamkeiten	163
b) Unterschiede zwischen unternehmensinterner Umstrukturierung und Teil-Betriebsübergang	164
2. Zuordnung der Arbeitnehmer vor Umstrukturierung des Betriebs und Vollzug	165
a) Zuordnung	165
b) Vollzug	166
3. Wie und wodurch wird ein Betrieb gespalten oder zusammengefasst?	166
4. Rechtsprechung zur „Volatilität“ von Betrieben, davon abhängige Interessen und Rechtspositionen von Arbeitnehmern	167
a) Betriebsaufspaltung (Ja-Sager und Nein-Sager 3)	167
b) Alles „bloß auf dem Papier“	169
c) Betriebsabspaltung statt Betriebsaufspaltung?	170
d) Weitere arbeitsrechtliche Konsequenzen des Erlöschens des Betriebs bei unternehmensinterner Betriebsaufspaltung?	170
e) Folgeprobleme des „volatilen“ Betriebs bei unternehmensinternen Spaltungen, Zusammenfassungen und Eingliederungen	171

f) Insbesondere: Abteilungs-, Standortleiter und anderes herausgehobenes Personal – „institutioneller Leitungsapparat“?	172
g) Der Leitungsapparat in Rechtsprechung des LAG Düsseldorf und des LAG Hessen bei Eingliederung eines Betriebs in einen anderen	177
VI. Zur Effektivität der Wahrnehmung von Rechtspositionen von Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmern in der Umstrukturierung	184
1. Parteirollen im arbeitsgerichtlichen Rechtsschutz	184
a) Allgemeines	184
b) Der „First-Mover-Vorteil“ des umstrukturierenden Arbeitgebers	184
c) Aus der Praxis des Individualrechtsschutzes vor den Arbeitsgerichten	185
2. Richterrecht und Typen	186
a) Begriff des Typus im Allgemeinen	187
b) Typologie beim Betriebsübergang	188
c) Vortragslast des Arbeitnehmers zu § 613a BGB	190
d) Der Betriebsbegriff im BetrVG als Typus	191
e) Insbesondere: die Betriebsidentität und die betriebsverfassungsrechtliche Identität als Typen	192
f) Der Betriebsbegriff im Kündigungsschutzrecht als Typus	193
g) Insbesondere zur Darlegungslast beim Gemeinschaftsbetrieb	194
3. Probleme bei der Durchsetzung von Arbeitnehmerrechten und -interessen bei Umstrukturierungen	195
a) Fristen und Termine	195
b) Zeitprobleme des Betriebsrats: Zu späte oder fehlende Unterrichtung über die anstehende Umstrukturierung	197
c) Zeitdruck zulasten von Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmern: Verfahrensdauer	198
d) Einfluss betroffener Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer auf die Umstrukturierung?	198

D. Zusammenfassung des Ersten und des Zweiten Abschnitts; Schlussfolgerungen	200
I. Zusammenfassung	200
II. Schlussfolgerungen	204
1. Überwiegende Objektstellung der von Umstrukturie- rungen betroffenen Arbeitnehmerinnen und Arbeit- nehmern	204
2. Umfassende Geltung und einseitige Wirksamkeit individueller Privatautonomie im Arbeitsverhältnis	206
Dritter Abschnitt: Kollidierende Grundrechte der Parteien des Arbeitsvertrags	209
A. Rückblick und Vorschau	209
I. Was hier diskutiert worden ist	209
II. Was hier nicht diskutiert wird	210
III. Was hier, nicht aber im Schrifttum zur Umstrukturierung diskutiert wird	210
IV. Was der Dritte Abschnitt vor allem diskutiert: Kollidie- rende Rechte der Arbeitsvertragsparteien	210
B. Europäisches Sekundär- und Primärrecht in der Umstrukturi- erung – Anwendungsvorränge und Anwendungsfragen	211
I. Allgemeine Aspekte	211
1. Anwendungsvorränge europäischen Arbeitsrechts	211
2. Anwendungsvorrang der Grundrechte der GRC; unmittelbare Anwendbarkeit des Rechts der Union	213
3. Fragmentarisches europäisches Arbeitsrecht	216
4. Handeln der Mitgliedstaaten als Durchführung des Rechts der Union	216
a) Handeln von Mitgliedstaaten als „Recht der Union“ im Einzelnen	216
b) „Durchführung“ von Recht der Union	217
c) Grundrechte und Grundfreiheiten im Verhältnis zueinander	219
d) Ungeschriebene Rechtfertigungsgründe für die Beschränkung von Grundfreiheiten	220

e) Einige Konsequenzen der Eröffnung des Anwendungsbereichs von Grundfreiheiten für die Arbeitsverhältnisse in Rechtsprechung des EuGH – das AGET Iraklis-Urteil des EuGH	220
f) Kollisionen und praktische Konkordanz (Art. 52 Abs. 1 Satz 2 GRC) im Arbeitsverhältnis als „mehrpolemig“ Rechtsverhältnis im Unionsrecht?	223
g) „Praktische Konkordanz“ versus „strengere Schutzmaßnahmen“ (Art. 153 Abs. 4 AEUV)?	225
II. Anwendung europäischen Arbeitsrechts auf Einzelfragen der Umstrukturierung von Betrieben und Unternehmen	226
1. Anwendungsvorrang europäischen Arbeitsrechts beim allgemeinen Kündigungsschutz (§§ 1ff., 23 KSchG)?	226
2. Geltung europäischen Rechts bei der Massenentlassung (RL 98/59/EG)	229
3. Geltung europäischen Rechts bei Betriebsinhaberwechseln (RL 2001/23/EG)	233
a) Übergang einer ihre Identität bewahrenden wirtschaftlichen Einheit im Sinne der BÜ-RL	234
b) Irrelevanz der BÜ-RL bei unternehmensinterner Umstrukturierung und Funktionswandel	235
c) Unterrichts- und Beratungsrechte der Arbeitnehmervertreter (Art. 7 Abs. 3 BÜ-RL)	235
d) Günstigkeitsprinzip (Art. 8) und Öffnungsklauseln in der BÜ-RL	236
e) Insbesondere: Kleine dynamische Bezugnahme Klauseln im Arbeitsvertrag und der Wesensgehalt der unternehmerischen Freiheit – Urteil des EuGH, Rs. Alemo-Herron	237
f) Weitere Aspekte der BÜ-RL bezüglich der Umstrukturierung von Betrieben und Unternehmen	241
4. Privatisierung, Umstrukturierung und Anwendungsvorrang europäischen Rechts	242
III. Fazit	243
C. Rechte und Grundrechte im Arbeitsverhältnis	244
I. Überblick	244

II. Ein Blick in jüngere Rechtsprechung des BAG zur Umstrukturierung mit Bezug zu Art. 12 GG im Arbeitsverhältnis	246
1. Gesetzliche Regelungen und Grundrechte der davon betroffenen Arbeitnehmerinnen/Arbeitnehmer bzw. Arbeitgeber aus Art. 12 GG mit Bezug zur Umstrukturierung	248
a) § 6c Abs. 1 S. 1 SGB II (Jobcenter)	248
b) Privatisierung und Zusammenlegung der Universitätskliniken Gießen und Marburg nach dem hessischen UKG	249
c) Umstrukturierung und formelle Privatisierung der städtischen Kliniken Hamburgs nach dem HVFG (Gesetz über den Hamburgischen Versorgungsfonds)	250
d) Nichtraucherchutz gemäß § 5 Abs. 2 ArbStättV	250
e) Die zwingende Wirkung des § 613a BGB auch bei Spaltungen nach § 131 UmwG	251
f) Verschieben des Endes eines auf die Regelaltersgrenze befristeten Arbeitsverhältnisses (§ 41 SGB VI)	251
g) Bewilligung von Sonn- und Feiertagsarbeit (§ 13 Abs. 4 und 5 ArbZG)	252
2. Kollidierende Grundrechte der Arbeitsvertragsparteien aus Art. 12 Abs. 1 GG in praktischer Konkordanz in der Rechtsprechung des BAG, insbesondere bei Sachverhalten mit Bezug zur Umstrukturierung von Betrieben und Unternehmen	252
a) Kollidierende Grundrechte bei Widerspruch des Arbeitnehmers gegen den Betriebsübergang nach § 613a Abs. 6 BGB	253
b) Die außerordentliche betriebsbedingte Kündigung unkündbarer Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer mit Auslauffrist im „sinnentleerten Arbeitsverhältnis“	253
3. Schlussfolgerungen: Keine Abwägung kollidierender Grundrechte des Arbeitgebers gegen die des Arbeitnehmers in wirtschaftlichen Angelegenheiten	257
III. Rechtsprechung des BVerfG zu Art. 12 GG im Arbeitsverhältnis	259
1. Überblick	259
2. Art. 12 Abs. 1 GG und die Unternehmerfreiheit	260

3. Art. 12 GG auch Arbeitnehmer-Grundrecht	261
a) Das „Warteschleifen“-Urteil des BVerfG: Wahl und Beibehalten des Arbeitsplatzes	261
b) Warteschleifen-Urteil: Schutzpflichten des Gesetzgebers durch die geltenden Kündigungsvorschriften erfüllt	262
c) Das BVerfG zur Kleinbetriebsklausel: Kollidierende Grundrechte im Arbeitsverhältnis	262
d) Das AÜG 2002/2003 und die Hartz-Gesetze	263
e) Auflösung des Arbeitsverhältnisses nach § 9 KSchG	264
f) Blutspendedienst des DRK – Tendenzunternehmen?	264
g) AGB-Kontrolle (§§ 305ff. BGB)	264
h) Betriebsübergang gemäß § 613a BGB in „betriebsmittellarmen“ Betrieben (Hausverwaltung)	264
i) „Zuvor-Befristung“ bei sachgrundloser Befristung nach § 14 Abs. 2 TzBfG	265
IV. Verfassungsrechtliche Prinzipien der Rechtsprechung des BVerfG mit Bezug zum Arbeitsverhältnis	266
1. Arbeitsvertrag sowie Berufsfreiheit des Arbeitgebers und der Arbeitnehmerinnen/Arbeitnehmer	266
2. Das „bipolare“ bzw. „mehrpole“ Arbeitsverhältnis	267
a) Verteilung von Rechten und Chancen zwischen den Parteien des Arbeitsverhältnisses	267
b) Kollisionslösungen des Arbeitsrechts	268
c) Kollidierende Grundrechte in praktischer Konkordanz	269
d) Prinzipien der Kollisionsregelung durch „praktische Konkordanz“	270
3. Verfahren praktischer Konkordanz	271
a) Vorrangige Aufgabe des Gesetzgebers	271
b) Inhalt und Umfang des Verhältnismäßigkeitsprinzips	272
c) Praktische Konkordanz durch Rechtsprechung der Arbeitsgerichte in normativ kaum geregelten Bereichen	273
4. Mittelbare Drittwirkung bei unmittelbarer Bindung (Art. 1 Abs. 3 GG) an die Grundrechte	275
a) Mittelbare Drittwirkung des Artikels 12 Abs. 1 GG	275
b) Mittelbare Grundrechtswirkung ähnlich weitgehend wie unmittelbare Grundrechtsbindung	275

c) Drittwirkung der Grundrechte bei allen auslegungsfähigen und -bedürftigen Tatbestandsmerkmalen zivilrechtlicher Vorschriften	276
5. Schlussfolgerungen	277
6. Insbesondere: Strukturelle Unterlegenheit des Arbeitnehmers im „asymmetrischen“ Arbeitsverhältnis	277
a) Allgemeine Bedingungen der strukturellen Überlegenheit des Arbeitgebers	278
b) Bedingungen struktureller Überlegenheit des Arbeitgebers in den kollektiven Arbeitsbeziehungen im Besonderen	279
c) Strukturelle Unterlegenheit des Arbeitnehmers im einzelnen Arbeitsverhältnis	279
d) Funktionen der Grundrechte der Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer im Arbeitsverhältnis	280
e) Insbesondere: Arbeitnehmergrundrechte und Berufsfreiheit	281
7. Keine Bestandsgarantie des Arbeitsverhältnisses, jedoch Entscheidungsfreiheit des Arbeitnehmers „mitzugehen oder zu bleiben“; Widerspruch gegen den Übergang des Arbeitsverhältnisses	282
a) Nach § 613a Abs. 6 BGB und der BÜ-RL	282
b) Inhalt des Art. 12 Abs. 1 GG im Arbeitsverhältnis beim Widerspruch gegen den Betriebsübergang	282
D. Grundrechte der Arbeitsvertragsparteien in der Rechtsprechung des BVerfG zum Kündigungsschutz	283
I. Themen der beiden Beschlüsse des BVerfG zur Kleinbetriebsklausel des § 23 Abs. 1 KSchG	283
1. Kollisionen von Grundrechten der Arbeitsvertragsparteien und verfassungskonforme Auslegung des Betriebsbegriffs	283
2. Die Verfahren; Begleitumstände	284
II. Inhalte der beiden Beschlüsse des BVerfG	285
1. Beschluss des BVerfG zur Kleinbetriebsklausel (§ 23 Abs. 1 S. 2 KSchG; „Schwellenwert“)	285
a) Prüfungsgegenstand der Entscheidung des BVerfG: § 23 Abs. 1 S. 2 KSchG 1951	285
b) Grundrechtliche Prüfungsmaßstäbe	286

c) Grundrechtseingriffe durch § 23 Abs. 1 S. 2 KSchG?	286
2. Beschluss des BVerfG zur Anrechnung Teilzeitbeschäftigter auf den Schwellenwert (§ 23 Abs. 1 S. 3 KSchG; Anrechnungsmodalität)	288
3. Die Entscheidungsformeln	289
4. Verfassungskonforme Auslegung und Gesetzeskraft der Entscheidungen des BVerfG	289
a) Verfassungskonforme Auslegung des § 23 Abs. 1 KSchG am Maßstab des Art. 3 Abs. 1 GG	290
b) Gesetzeskraft der Beschlüsse des BVerfG	292
c) Zusammenfassung zur „gespaltenen“ Gesetzeskraft der Entscheidungen des BVerfG zu § 23 Abs. 1 KSchG; Schlussfolgerungen	293
d) Die „Maßgaben der Entscheidungsgründe“	294
5. Kündigungsschutz „erster Klasse“ und „zweiter Klasse“	296
a) Kündigungsschutz „erster Klasse“: Teleologische und beschränkende Auslegung und Anwendung des Betriebsbegriffs	297
b) Kündigungsschutz „zweiter Klasse“ mit Bindungswirkung gemäß § 31 Abs. 1 BVerfGG?	297
III. Begleitumstände und weitere Aspekte der Gesetzgebung und Rechtsprechung zur Kleinbetriebsklausel	299
1. Resultate der jüngeren Arbeitsmarktforschung und Schwellenwerte	300
2. Weitere Resultate der Rechtsprechung des BVerfG zur Kleinbetriebsklausel	302
a) Keine Berücksichtigung der Neuregelungen des § 1 Abs. 3 bis 5 KSchG in den Beschlüssen des BVerfG	302
b) Prüfungsgegenstände: unterschiedliche Gesetzesfassungen	302
c) Erwägungen welchen Gesetzgebers?	304
d) Beschäftigungs- oder mittelstandspolitische Erwägungen des Gesetzgebers?	306
e) Keine Verfahrensverbinding durch das BVerfG	307
IV. Gewichtung der kollidierenden Interessen von Arbeitgebern und Arbeitnehmerinnen/Arbeitnehmern im Beschluss des BVerfG zu § 23 Abs. 1 S. 2 KSchG	307

1. Die vom BVerfG einander gegenübergestellten „gewichtigen Belange“ der Parteien des Arbeitsverhältnisses	307
2. Strukturelle Faktoren im Verhältnis Arbeit – Kapital hinreichend berücksichtigt?	308
a) Immanente Schranken des Kündigungsschutzes	308
b) Zur Kündigung funktional äquivalente oder ähnliche Handlungsmöglichkeiten des Arbeitgebers	309
c) Strukturelle Unterlegenheit des Arbeitnehmers im Beschluss des BVerfG zur Kleinbetriebsklausel?	313
3. Methodische Anforderungen an Feststellung und Auflösung von Kollisionen in mehrpoligen Rechtsverhältnissen	314
a) Prinzipien in der Rechtsprechung des BVerfG	314
b) Berücksichtigung methodischer Anforderungen im Beschluss des BVerfG zur Kleinbetriebsklausel?	315
V. Umsetzung der Maßgaben des BVerfG zum Betriebsbegriff durch die Rechtsprechung des BAG?	316
1. Typologie statt Teleologie	316
2. Ausnahme statt Einzelfall	318
3. Einschränkung versus erweiterter Begriff des Kleinbetriebs	319
4. Scharfe Trennung von Betrieb und Unternehmen?	319
5. Praxisrelevanz des „Kündigungsschutzes erster und zweiter Klasse“	320
E. Resümee; Ausblick	320
I. Resümee	320
II. Ausblick	322
Vierter Abschnitt: Privatisierung, Umstrukturierung und Arbeitnehmergrundrechte	326
A. Privatisierung und Umstrukturierung durch und aufgrund von Gesetz	326
I. Am Beispiel zweier Krankenhäuser	327
1. Die beiden Sachverhalte im Vergleich	327
2. Rechtsgrundlagen der hier betrachteten Umstrukturierungen und Privatisierungen	329

3. Die gerichtlichen Verfahren	330
4. Ausschluss des Widerspruchsrechts zulasten des Krankenpflegepersonals am Universitätsklinikum Gießen/Marburg (UKGM)	331
5. Gemeinsamkeiten und Unterschiede der beiden Umstrukturierungen und Privatisierungen	331
a) Eingriffe	331
b) Von unmittelbarer Grundrechtsbindung zur Grundrechtsträgerschaft in beiden Fällen	332
c) Arbeitnehmergrundrechte aus Art. 12 Abs. 1 GG bei Privatisierungen und Umstrukturierungen in der Rechtsprechung des BVerfG	333
d) Das Verständnis des § 613a BGB in der Recht- sprechung des BVerfG	333
II. Zur Umstrukturierung und Privatisierung der Hamburger städtischen Krankenhäuser im Einzelnen: Art. 3 Abs. 1 und 2 GG	334
1. Die Entscheidung des BVerfG zu Art. 3 Abs. 1 GG	334
a) Ungleichbehandlung; Beeinträchtigung	334
b) Vergleichbarkeit	335
c) Keine verfassungsrechtliche Rechtfertigung	335
d) „Ausweichoption“; „Perspektive einer sicheren Weiterbeschäftigung“ in den städtischen Kranken- häusern Hamburgs?	337
2. Art. 3 Abs. 2 GG	338
a) Die Begründung des BVerfG	338
b) Schlussfolgerungen zur Gleichberechtigung bei wei- teren Privatisierungen und Umstrukturierungen	339
3. Privatisierung und Umstrukturierung der Hamburger städtischen Krankenhäuser vor dem Hintergrund praktischer Erfahrungen mit Privatisierungen und Umstrukturierungen	340
a) Typischer Verlauf der Umstrukturierung – auch in diesem Fall	340
b) Relevanz des Gesamtprozesses der Privatisierung und Umstrukturierung	341

III. Das BVerfG zur Zusammenlegung und anschließenden Privatisierung der UKGM – Art. 12 Abs. 1 GG im Arbeitsverhältnis	343
1. Der Fall	343
a) Vergleich mit der Umstrukturierung und Privatisierung der Hamburger Krankenhäuser	343
b) Gesamtzusammenhang der Privatisierung der hessischen Universitätskliniken	344
2. Die Entscheidung des BVerfG	345
a) Die Entscheidungsformel	345
b) Inhalt der Entscheidung des BVerfG	345
3. Weitere Aspekte	347
a) Rechtsprechung zum Wechsel des Betriebsinhabers durch Rechtsgeschäft	347
b) Kein Widerspruchsrecht bei massenhafter Ausübung?	348
c) Kein Widerspruchsrecht wegen Gefährdung der Patientenversorgung?	348
d) Widerspruchsrecht in der Betriebsübergangsrichtlinie (Art. 3 RL 2001/23/EG)?	349
4. „Ausweichoption“ der widersprechenden Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer im UKGM	350
IV. Fazit: Privatisierung und Umstrukturierung – nicht anders als in stets privaten Betrieben	350
B. Unmittelbare Grundrechtsbindung privatrechtlich verfasster Unternehmen bei Anteilsmehrheit der öffentlichen Hand	351
I. Das „Fraport“-Urteil: Eingriffe in Grundrechte Betriebsfremder durch gemischtwirtschaftliche Unternehmen	353
1. Der Fall	353
2. Verfassungsrechtliche Aspekte des Fraport-Urteils	354
a) Grundsatz: Keine „Flucht ins Privatrecht“	354
b) Entweder Grundrechtsbindung oder Grundrechtsberechtigung; Grundrechtsschranken	354
3. Die Anteilsmehrheit der öffentlichen Hand	358
II. Beeinträchtigung der Grundrechte von Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmern durch Arbeitgeber in Unternehmen bei Anteilsmehrheit der öffentlichen Hand	359

1. Anlehnung an die Rechtsprechung des BVerfG zu den beiden Krankenhausfällen	359
2. Gleichheitsgrundrechte von Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmern bei Umstrukturierung von im Mehrheitsbesitz der öffentlichen Hand stehenden Unternehmen durch diese	359
a) Gleichberechtigung von Männern und Frauen (Art. 3 Abs. 2 GG)	359
b) Allgemeiner Gleichheitssatz (Art. 3 Abs. 1 GG)	361
C. Arbeitnehmergrundrechte in der Umstrukturierung materiell privater bzw. privat beherrschter Unternehmen	361
I. Von der Anteilsmehrheit der Öffentlichen Hand an privatrechtlich verfassten Unternehmen zur Anteilsminderheit und zum materiell privatisierten Unternehmen	361
II. Schlussfolgerungen für die Arbeitnehmergrundrechte bei Umstrukturierungen privatrechtlich verfasster Unternehmen	362
D. Zusammenfassung des Vierten Abschnitts	364
I. Überblick	364
II. Grundrechtseingriffe des Gesetzgebers	365
III. Grundrechtseingriffe des gemischtwirtschaftlichen Unternehmens	366
Fünfter Abschnitt: Alternativen	368
A. Rückblick auf den Ersten bis Vierten Abschnitt	368
B. Regelungsformen, -inhalte und -verfahren	369
I. Forderungen an den Gesetzgeber?	369
II. Autonomes Recht aufgrund von Selbsthilfe durch Kollektivverträge (Betriebsvereinbarungen; Tarifverträge)	370
III. Rechtsargumentation vor Arbeitsgerichten	370
C. Insbesondere Rechtsargumentation: Alternativen zu Betriebsbegriffen der Rechtsprechung	371
I. Betriebsbegriff im Spiegel der Rechtsprechung und des Schrifttums	371
1. Allgemeiner Betriebsbegriff und spezielle Betriebsbegriffe	372

2. Jacobis Betriebs- und Unternehmensbegriff; Begrifflichkeiten der Praxis	373
a) Jacobis Definition	373
b) Betrieb und Unternehmen in der Rechtsanwendung	373
c) Normativ gestützte Betriebsbegriffe als Alternative	374
3. Positionswechsel der Rechtsprechung des BAG zum Betriebsbegriff	375
a) Rechtsprechung des BAG zum Betriebsbegriff vor 1982	375
b) Grundlegend anderer Betriebsbegriff des KSchG und des BetrVG in der Rechtsprechung des BAG ab 1982 – der institutionelle Leitungsapparat	378
c) Resümee; Schlussfolgerungen	381
4. Betriebsbegriffe im Schrifttum	385
5. Betriebsbegriffe in Rechtsquellen europäischen Arbeitsrechts	386
II. Alternativen zum Betriebsbegriff der Rechtsprechung des BAG	388
1. Ausstrahlungswirkungen des europäischen auf das deutsche Arbeitsrecht	388
a) Schluss aus dem Betriebsbegriff der ME-RL auf Betriebsbegriffe des KSchG	389
b) Inhalt des Betriebsbegriffs der §§ 1, 17, 23 KSchG nach Maßgabe von Art. 1 ME-RL	390
2. Betriebsbegriffe des BetrVG	392
a) Normative Anknüpfungspunkte für einen Betriebsbegriff des BetrVG	392
b) Setzung des betriebsverfassungsrechtlichen Betriebsbegriffs im Übrigen – Anknüpfung an frühere Rechtsprechung des BAG	393
D. Insbesondere: Kollektivverträge zur Umstrukturierung – Gestaltungs- und Durchsetzungsfragen	395
I. Gestaltungsfragen	395
II. Durchsetzungsprobleme	399
Literatur	401