



UNIVERSITY OF AMSTERDAM

UvA-DARE (Digital Academic Repository)

Pluraliteit van werkgeverschap

Zwemmer, J.P.H.

Publication date
2012

[Link to publication](#)

Citation for published version (APA):
Zwemmer, J. P. H. (2012). *Pluraliteit van werkgeverschap*.

General rights

It is not permitted to download or to forward/distribute the text or part of it without the consent of the author(s) and/or copyright holder(s), other than for strictly personal, individual use, unless the work is under an open content license (like Creative Commons).

Disclaimer/Complaints regulations

If you believe that digital publication of certain material infringes any of your rights or (privacy) interests, please let the Library know, stating your reasons. In case of a legitimate complaint, the Library will make the material inaccessible and/or remove it from the website. Please Ask the Library: <https://uba.uva.nl/en/contact>, or a letter to: Library of the University of Amsterdam, Secretariat, Singel 425, 1012 WP Amsterdam, The Netherlands. You will be contacted as soon as possible.

ZUSAMMENFASSUNG

Der Arbeitsvertrag ist als besonderer Vertrag mit einer eigenen Regelung in das niederländische Bürgerliche Gesetzbuch [BW] aufgenommen. In Artikel 7:610 Absatz 1 BW wird der Arbeitgeber als die Partei definiert, in deren Dienst der Arbeitnehmer die Arbeit verrichtet. Dieses Artikel fungiert als Zugangstor für die Regelung des Arbeitsvertrags in Titel 10 Buch 7 BW. Dem vom Arbeitnehmer im Dienst des Arbeitgebers Verrichten von Arbeit liegt der Ausgangspunkt zu Grunde, dass der Arbeitgeber der Eigentümer oder Betreiber des Unternehmens ist, worin der Arbeitnehmer die Arbeit verrichtet. In unterschiedlichen Situationen schließt dieser Ausgangspunkt nicht mehr an die Realität an. Dafür gibt es unterschiedliche Ursachen. Die wichtigsten sind der Aufschwung von Arbeitsvermittlung und anderen Varianten von Detachieren, Gruppenbildung und der Umstand, dass das Übertragen von Unternehmen einfacher geworden ist. Dadurch ist (oder bleibt) der Arbeitgeber infolge den mit dem Arbeitnehmer getroffenen vertraglichen Vereinbarungen, dem Gesetz, oder der Weise, wie sich der Arbeitgeber gesellschaftsrechtlich organisiert, nicht derselbe wie der Eigentümer oder Betreiber des Unternehmens, worin der Arbeitnehmer die Arbeit verrichtet. In diesen Situationen handelt es sich um Pluralität der Arbeitgeberschaft, d.h. Situationen, worin seitens des Arbeitgebers gleichzeitig oder nacheinander verschiedene Parteien an der Ausführung des Arbeitsvertrags beteiligt sind. Das Thema dieser Studie ist eine Untersuchung nach den Folgen, die diese Pluralität der Arbeitgeberschaft für die Bedeutung der juristischen Arbeitgeberschaft hat und für die mit der Arbeitgeberschaft verbundene Haftung für die sich aus dem Arbeitsvertrag ergebenden Verpflichtungen. Dabei wird eine Antwort auf die drei sich aus diesem Thema ergebenden Untersuchungsfragen gegeben.

In Kapitel 2 kommen die Geschichte der Definition des Arbeitsvertrags in Artikel 7:610 Absatz 1 BW und die Änderungen der Weise zur Sprache, wie der Arbeitsvertrag im Laufe des letzten Jahrhunderts ausgelegt wurde. Dabei wird die veränderte Rolle und Eigenschaft des Arbeitgebers und des Arbeitnehmers als Parteien beim Arbeitsvertrag untersucht und besprochen, was die möglichen Folgen für die Qualifikation des Arbeitgebers als Partei beim Arbeitsvertrag sind. In dem Rahmen wird auch Aufmerksamkeit den Bedingungen für das Zustandekommen eines Arbeitsvertrags gewidmet, den Bedingungen für das Zustandekommen eines Arbeitsvertrags Aufmerksamkeit gewidmet und der Bedeutung der allgemeinen Bedingungen bezüglich Rechtsgeschäften und Vereinbarungen der allgemeinen Bestimmungen über Rechtsakte und Vereinbarungen aus Buch 3 und Buch 6 BW für die Gebundenheit der Parteien und Dritter an den sich dem Arbeitsvertrag ergebenden Verpflichtungen im Falle von Pluralität der Arbeitgeberschaft. Auch kommt der Einfluss zur Sprache, der von den europäischen

und (anderen) internationalen Übereinkommen auf die Qualifikation des Arbeitgebers ausgeht bei der Anwendung von Vertragsbestimmungen (oder auf Basis davon aufgestellten Richtlinien) in Bezug auf das Verrichten von Arbeit oder die Einrichtung des Arbeitsvertrags. In Kapitel 3 kommt die Arbeitgeberschaft in öffentlich-rechtlicher Arbeitsgesetzgebung zur Sprache und wird untersucht, welche Funktion der zivilrechtliche Arbeitgeberbegriff bei der Anwendung dieser Gesetzgebung hat. In den Kapiteln 4 bis 7 werden Situationen untersucht, worin es sich um Pluralität der Arbeitgeberschaft infolge der mit dem Arbeitnehmer gemachten vertraglichen Vereinbarungen, den Übergang des Unternehmens des Arbeitgebers, die Gruppenmitgliedschaft des Arbeitgebers und die Beteiligung des Arbeitgebers an einer Fusion oder Spaltung handelt. Anhand der Gesetzgebung, der Gesetzesgeschichte und der Rechtsprechung wird untersucht, wer in diesen Situationen als Arbeitgeber qualifiziert wird und welche anderen am Arbeitsvertrag beteiligten Parteien gegenüber dem Arbeitnehmer zur Erfüllung der sich aus dem Arbeitsvertrag ergebenden Verpflichtungen haftbar gemacht werden (können).

In Kapitel 8 werden die in Kapitel 1 formulierten Untersuchungsfragen beantwortet. Dabei wird anhand des in den Kapiteln 2 und 3 untersuchten Begriffes des Arbeitgebers im zivilen und öffentlich-rechtlichen Arbeitsrecht und die in den Kapiteln 4 bis 7 untersuchten Situationen der Pluralität der Arbeitgeberschaft inventarisiert, auf welche Weise die Pluralität der Arbeitgeberschaft berücksichtigt wird. Ferner wird den Faktoren Aufmerksamkeit gewidmet, die von Bedeutung sind oder bei der Qualifikation des Arbeitgebers in diesen Situationen sein können.

Die erste Frage

Was ist in der Situation der Pluralität der Arbeitgeberschaft die Bedeutung der von den Parteien gemachten vertraglichen Vereinbarungen bei der Qualifikation des Arbeitgebers und welche Folgen hat diese Pluralität für die Verpflichtungen des Arbeitgebers gegenüber dem Arbeitnehmer auf Grund der arbeitsrechtlichen Gesetzgebung in und außerhalb des BWs?

Wenn der vertragliche Arbeitgeber auf Grund der von den Parteien getroffenen vertraglichen Vereinbarungen ein anderer ist als der faktische Arbeitgeber, wird in der (niedrigeren) Rechtsprechung bei der Anwendung der Bestimmungen aus Titel 10 Buch 7 BW im Prinzip an die von den Parteien getroffenen vertraglichen Vereinbarungen angeknüpft. Das heißt, dass in dieser Situation die Partei als Arbeitgeber betrachtet wird, die sich in dieser Eigenschaft in einem (schriftlichen) Arbeitsvertrag mit dem Arbeitgeber verbunden hat. Die Frage ist, ob eine solche rein vertragliche Arbeitgeberschaft trotz der Folgen der wirtschaftlichen und gesellschaftlichen Entwicklungen des letzten Jahrhunderts veränderten Rollen des Arbeitgebers und Arbeitnehmers innerhalb des Arbeitsvertrags, mit dem zwingend-rechtlichen Charakter von Artikel 7:610 Absatz 1 BW vereinbar ist. Auch derzeit sind Arbeitgeber und Arbeitnehmer auf sozialwirtschaftlichem Niveau nicht gleichwertig. Dabei hat der "Hoge Raad" [Oberster Gerichtshof in den Niederlanden] seit 1997 wiederholt geurteilt, dass Sein vor Schein geht bei der Qualifikation des Arbeitsvertrags im Sinne von Artikel 7:610 Absatz BW. Denkbar ist, dass dies Letzte auch für die

Qualifikation des Arbeitgebers ex Artikel 7:610 Absatz 1 BW gilt, wenn der Arbeitgeber auf Basis der von den Parteien getroffenen vertraglichen Vereinbarungen ein anderer ist als der Eigentümer oder Betreiber des Unternehmens, worin der Arbeitnehmer die Arbeit verrichtet. In dem Fall könnte der vertragliche Arbeitgeber nur dann als Arbeitgeber im Sinne von Artikel 7:610 Absatz 1 BW betrachtet werden können, wenn seine Rolle beim Zustandekommen und der Durchführung des Arbeitsvertrags genügend Bedeutung hat, um annehmen zu können, dass wirklich ein Arbeitsvertrag mit dem vertraglichen Arbeitgeber beabsichtigt wurde. In Situationen der gleichzeitigen Pluralität von Arbeitgeberschaft, worin geurteilt wird, dass die Arbeitgeberschaft des vertraglichen Arbeitgebers ungenügend selbständige und inhaltliche Bedeutung hat, müsste dann durch die vertraglichen Vereinbarungen, die die Parteien gemacht haben, hindurchgesehen werden. Das würde der Fall sein, wenn hauptsächlich zum Umgehen von juristischen und finanziellen Konsequenzen eines Arbeitsvertrags mit dem faktischen Arbeitgeber, ein Arbeitsvertrag mit dem vertraglichen Arbeitgeber geschlossen wurde.

Aus den Kapiteln 4 und 5 erweist sich, dass in Situationen von Pluralität der Arbeitgeberschaft, worin der vertragliche Arbeitgeber als der Arbeitgeber ex Artikel 7:610 Absatz 1 BW qualifiziert wird, in der Rechtsprechung und in der arbeitsrechtlichen Gesetzgebung der Umstand berücksichtigt wird, dass der Arbeitgeber nicht derselbe ist oder bleibt wie der Eigentümer oder Betreiber des Unternehmens. Damit wird beabsichtigt zu verhindern, dass in diesen Situationen arbeitsrechtlicher Schutz verloren geht und/oder diese Arbeitsgesetzgebung nicht den damit beabsichtigten Effekt hat.

In der Definition des Vermittlungsvertrags in Artikel 7:690 BW ist der vertragliche Arbeitgeber, der im Rahmen seines Berufs oder Unternehmens Arbeitnehmer an Auftraggeber zur Verfügung stellt, um bei und unter der Macht dieser Auftraggeber Arbeit zu verrichten als der Arbeitgeber dieser Arbeitnehmer qualifiziert. Die von den Zeitarbeit-Vermittlungsbüros auf dem Arbeitsmarkt ausgeübte Allokationsfunktion bildete den Grund für das Aufnehmen der besonderen Regelung des Vermittlungsvertrags in Titel 10 Buch 7 BW. Obwohl diese Allokationsfunktion keinen Teil der Definition von Artikel 7:690 BW bildet, hat die Regierung bei der parlamentarischen Behandlung betont, dass die Regelung des Vermittlungsvertrags nur für die vertraglichen Arbeitgeber gilt, die tatsächlich eine Allokationsfunktion auf dem Arbeitsmarkt erfüllen. Innerhalb dieses Gedankens fungiert Artikel 7:690 BW als Zugangstor für das in Artikel 7:691 BW aufgenommene erleichterte arbeitsrechtliche Regime, womit der Flexibilität entsprochen wird, die für von Vermittlungsbüros vermittelte Zeitarbeit so kennzeichnend ist, und die der allokativen Funktion des VermittlungsArbeitgebers inhärent ist. Dem steht gegenüber, dass mit dem Gesetz allokativen Arbeitskräfte durch Intermediäre [Waadi] unter anderem gewährleistet wird, dass das Fehlen eines vertraglichen Bands mit dem Auftraggeber für den vermittelten Arbeitnehmer nicht zu einem niedrigeren Lohn im Vergleich mit Arbeitnehmern in gleichen oder gleichwertigen Funktionen im Dienst des Auftraggebers führt. Bei der Anwendung der Bestimmungen in Titel 10 Buch 7 BW auf dem Gebiet der Sorgspflicht für Sicherheit und das Wohlergehen des Arbeitnehmers und des Aufbaus von Entlassungsschutz beim Schließen von aneinander anschließenden Arbeitsverträgen

für befristete Zeit wird auch das arbeitsrechtliche Dreiecksverhältnis zwischen dem Vermittlungs-Arbeiter, dem Auftraggeber und dem vermittelten Arbeitnehmer berücksichtigt. In der Arbeitsgesetzgebung außerhalb des BWs auf dem Gebiet von Sicherheit und dem Wohlergehen des Arbeitnehmers und zur Bekämpfung von Illegalität und Missbrauch beim Arbeitseinsatz von Arbeitskräften aus Drittländern gilt der Arbeitgeber, der die Arbeitskraft vom Zeitarbeit-Vermittlungsbüro angemietet hat, als Arbeitgeber des Arbeitnehmers des Zeitarbeit-Vermittlungsbüros, statt des oder neben dem Vermittlungsbüro-Arbeitgebers.

Verrichtet der Arbeitnehmer, anders als im Rahmen der von seinem vertraglichen Arbeitgeber auf dem Arbeitsmarkt erfüllten Allokationsfunktion, Arbeit im Unternehmen eines anderen als seines vertraglichen Arbeitgebers, dann handelt es sich, wie es aus der Gesetzesgeschichte folgt, nicht um einen Vermittlungsvertrag im Sinne von Artikel 7:690 BW. Bei solchen arbeitsrechtlichen Dreiecksverhältnissen, die meistens unter dem Nenner "Arbeits-Detachieren" gesammelt werden, wird von den Parteien von Anfang an ein beständigeres Dreiecksverhältnis" bezweckt. Das ist zum Beispiel bei intra-Konzern Arbeit- Detachieren durch eine Personals-BV [Gesellschaft mit beschränkter Haftung nach niederländischem Recht] der Fall (oder einem anderen zentralen Arbeitgeber innerhalb einer Gruppe) und bei "Payrolling". Der detachierende Arbeitgeber könnte in dieser Situation als Arbeitgeber ex Artikel 7:610 Absatz 1 BW qualifiziert werden, wenn sich aus der Rolle, die er beim Zustandekommen und der Durchführung des Arbeitsvertrags spielt, herausstellt, dass wirklich ein Arbeitsvertrag zwischen ihm und dem Arbeitnehmer beabsichtigt ist. Wenn aus den Fakten und Umständen folgt, dass die Arbeitgeberschaft des detachierenden Arbeitgebers keine solche selbständige und inhaltliche Bedeutung hat, könnten die vertraglichen Vereinbarungen ignoriert werden und könnte stattdessen der faktische Arbeitgeber als Arbeitgeber ex Artikel 7:610 Absatz 1 BW qualifiziert werden. Wenn solche ein detachierende Arbeitgeber wohl als Arbeitgeber ex Artikel 7:610 Absatz 1 BW qualifiziert werden kann, findet das erleichterte arbeitsrechtliche Regime von Artikel 7:691 BW (und Anlage B des Entlassungsbeschlusses) keine Anwendung. Wohl wird das arbeitsrechtliche Dreiecksverhältnis zwischen dem detachierenden Arbeitgeber, dem faktischen Arbeitgeber und dem detachierten Arbeitnehmer berücksichtigt bei der Anwendung der oben erwähnten Bestimmungen in Titel 10 Buch 7 BW und beim Begriff 'Arbeitgeber' in der oben genannten Arbeitsgesetzgebung außerhalb des BWs. Ferner würde das "Waadi" Anwendung finden können, wenn der detachierte Arbeitnehmer die Arbeit unter Aufsicht und Leitung des faktischen Arbeitgebers verrichtet. Die Folgen des Anwendung findenden "Waadi" werden jedoch beschränkt sein, wenn alle in dem Unternehmen des faktischen Arbeitgebers tätigen Arbeitnehmer (oder alle Arbeitnehmer in bestimmten Funktionskategorien) im Dienst des detachierenden vertraglichen Arbeitgebers sind. In dem Fall handelt es sich ja nicht um Arbeitnehmer, die (in gleichen oder gleichwertigen Funktionen) im Dienst des faktischen Arbeitgebers sind, mit deren Arbeitsbedingungen die Arbeitsbedingungen der detachierten Arbeitnehmer gleichgestellt werden müssen. Das wird beim Detachieren öfter der Fall sein können, angesichts dessen beständigeren, langfristigeren Charakters.

Nirgendwo in Titel 10 Buch 7 BW geht Pluralität der (Arbeitgeber)Haftung so weit wie beim Übergang des Unternehmens im Sinne von Artikel 7:662 ff. BW. Diese Artikel werden auf die EU-Richtlinie über die Wahrung von Ansprüchen der Arbeitnehmer beim Übergang von Unternehmen, Betrieben oder Teilen davon basiert. Beim Übergang des Unternehmens ist die nachfolgende (Arbeitgeber-)Haftung nicht auf bestimmte, sich aus dem Arbeitsvertrag ergebenden Verpflichtungen beschränkt, sondern bezieht sich auf alle sich aus dem Arbeitsvertrag ergebende Verpflichtungen. Damit wird bezweckt zu verhindern, dass der Übergang des Unternehmens zur Kündigung oder zu einer Verschlechterung der Arbeitsbedingungen des Arbeitnehmers führt. Die Tatsache, dass das Unternehmen, worin der Arbeitnehmer tätig ist, von einem anderen als dem Arbeitgeber fortgesetzt wird, führt zum Übergang des Arbeitsvertrags des Arbeitnehmers von Rechts wegen zum neuen Betreiber des Unternehmens. Weil jedoch auf Grund von Artikel 7:663 BW der Arbeitsvertrag des Arbeitnehmers mit dem ehemaligen Betreiber des Unternehmens übergeht, würde der Arbeitnehmer, der anders als auf Basis eines Arbeitsvertrags mit dem Betreiber des Unternehmens in dem Unternehmen tätig ist, keinen Schutz aus den Artikeln 7:662 ff. BW entlehnen. Das gilt nicht für die Arbeitskraft des Zeitarbeit-Vermittlungsbüros, die im Rahmen eines Vermittlungsvertrags ex Artikel 7:690 BW in dem Unternehmen des Auftraggebers des Vermittlungsbüros faktisch tätig ist. Für die Anwendung der Artikel 7:662 ff. BW wird die vermittelte Arbeitskraft als ein im Unternehmen des Vermittlungsbüros tätiger Arbeitnehmer betrachtet. Das bedeutet, dass sein Arbeitsvertrag auf Grund von Artikel 7:663 von Rechts wegen übergeht, wenn das Unternehmen des Zeitarbeit-Vermittlungsbüros übergeht. Dieses Unternehmen hängt mit der vom Zeitarbeit-Vermittlungsbüro erfüllte Allokationsfunktion auf dem Arbeitsmarkt zusammen, das heißt, dass vom Zeitarbeit-Vermittlungsbüro die Frage nach und ein Angebot von (einen bestimmten Typ von) Arbeit zusammengebracht werden.

Wenn der vertragliche Arbeitgeber jedoch keine Allokationsfunktion auf dem Arbeitsmarkt (mehr) erfüllt und ausschließlich als juristischer und administrativer Arbeitgeber des Arbeitnehmers fungiert, würde der in dem Unternehmen eines faktischen Arbeitgebers eingesetzte Arbeitnehmer auf Grund von Artikel 7:663 BW nie von Rechts wegen übergehen. Das heißt, dass die Aktivitäten des vertraglichen Arbeitgebers dann für die Anwendung der Artikel 7:662 ff. BW nicht als das Unternehmen betrachtet werden können, worin der Arbeitnehmer tätig ist und weil er keinen Arbeitsvertrag mit dem Betreiber des Unternehmens hat, mit dem er eingesetzt ist. Das war bis vor kurzem unter anderem der Fall bei intra-Konzern Detachieren durch eine Personals-BV. In dem Albron-Berufungsurteil urteilte der Europäische Gerichtshof (EuGH) jedoch, dass der dauerhaft bei einer anderen Gruppengesellschaft als seinem eigenen vertraglichen Arbeitgeber zur Arbeit eingesetzten Arbeitnehmer auf Grund seiner "Arbeitsbeziehung" mit dieser Gruppengesellschaft beim Übergang des Unternehmens dieser Gruppengesellschaft von Rechts wegen übergeht.

Weil die Beziehung zwischen dem intra-Konzern detachierte Arbeitnehmer und der Gruppengesellschaft, womit der Arbeitnehmer detachiert ist, keinen juristischen Status im niederländischen Arbeitsrecht hat, impliziert dies, dass die sich aus dem Arbeitsvertrag des Arbeitnehmers mit der intra-Konzern detachierten Gruppengesellschaft ergebenden Rechte und Verpflichtungen von Rechts wegen auf den

Erwerber des Unternehmens der Gruppengesellschaft übergehen, womit er zur Arbeit eingesetzt ist.

Infolge des Albron-Berufungsurteils ist also für das von Rechts wegen Übergehen des Arbeitsvertrags des in dem übergehenden Unternehmen tätigen Arbeitnehmers nicht (mehr) erforderlich, dass ein Arbeitsvertrag mit dem Betreiber des Unternehmens besteht. Der Gerichtshof Amsterdam hat das Urteil des EuGH in seinem Verweisungs-urteil so erklärt, dass unter Arbeitgeber in Artikel 7:663 BW sowohl der vertragliche Arbeitgeber (die Intra-Konzern detachierende Gruppengesellschaft) als den nicht-vertraglichen Arbeitgeber (der Gruppengesellschaft, womit der Arbeitnehmer zur Arbeit eingesetzt ist) verstanden werden kann. Der weitere Arbeitgeberbegriff auf Grund von Artikel 7:663 BW beim Übergang des Unternehmens bildet damit die neueste Erweiterung des Arbeitgeberbegriffs für die Anwendung einer Bestimmung in Titel 10 Buch 7 BW. Diese Erweiterung des Arbeitgeberbegriffs beim Übergang des Unternehmens würde auch in Situationen anwendbar sein können, worin der Arbeitgeber ex Artikel 7:610 Absatz 1 BW und der Betreiber des Unternehmens, bei dem der Arbeitnehmer dauerhaft eingesetzt ist, nicht zu derselben Gruppe gehören. Entscheidend dabei ist die Antwort auf die Frage, ob der Arbeitnehmer für die Anwendung der Artikel 7:662 ff. BW als Tätiger in dem Unternehmen des vertraglichen Arbeitgebers bezeichnet werden kann. Wenn das der Fall ist (wie bei Zeitarbeitsvermittlung) geht der Arbeitgeber beim Übergang des Unternehmens des nicht-vertraglichen Arbeitgebers nicht mit über. Das Letzte kann außer bei intra-Konzern Detachieren auch bei 'Payrolling' der Fall sein (wenn angenommen würde, dass das 'Payroll'-Unternehmen der Arbeitgeber ist ex Artikel 7:610 Absatz 1 BW) und bei Zeitarbeitsvermittlung oder Detachieren durch ein Vermittlungsbüro, das zum Zeitpunkt des Übergangs des Unternehmens, das die Arbeitskraft angemietet hat, keine Allokationsfunktion auf dem Arbeitsmarkt mehr erfüllt und ausschließlich noch als der juristische und administrative Arbeitgeber der bei ihr angestellten Arbeitnehmer fungiert.

Die zweite Frage

Was ist für Arbeitgeber die Bedeutung des Schutzes von Gläubigern und Vertragsparteien im Unternehmensrecht im Falle von Gruppenmitgliedschaft oder Fusion oder Spaltung des Arbeitgebers und wie verhält sich dieser gesellschaftsrechtliche Schutz zum arbeitsrechtlichen Schutz des Arbeitnehmers in diesen Situationen?

Obwohl die Haftungsbeschränkung den wichtigsten Grund für die Teilnahme an dem wirtschaftlichen Verkehr in der Eigenschaft einer Kapitalgesellschaft bildet, dient das Recht der Rechtspersonen von Buch 2 BW nicht ausschließlich als Einrichtung für Unternehmer. In Buch 2 BW werden auch die Interessen von unter anderem Gläubigern und Vertragsparteien der Rechtsperson geschützt. Mit dem in Buch 2 BW dargelegten Kapitalschutz und den Vorschriften auf dem Gebiet der Veröffentlichung des Jahresabschlusses wird den Gläubigern und Vertragsparteien der Rechtsperson Sicherheit und Einsicht in die finanzielle Lage ihrer Gegenpartei gegeben. Wenn die Rechtsperson Teil einer Gruppe ist, kann von Freistellungen von einigen dieser Vorschriften Gebrauch gemacht werden. Demgegenüber steht, dass von der Muttergesellschaft Solidarhaftung akzeptiert wird für die sich aus Rechtsgeschäften der

freigestellten Gruppengesellschaft ergebenden Schulden. Darunter fallen auch Verpflichtungen, die sich aus durch die Gruppengesellschaft geschlossenen Arbeitsverträgen ergeben. Wenn Arbeitnehmer der Gruppengesellschaft diese Haftung der Muttergesellschaft geltend machten, handelte es sich jedes Mal um Haftung im Zusammenhang mit dem von der Gruppengesellschaft Gebrauchmachen der Freistellung von der Veröffentlichung des Jahresabschlusses. Richter haben den Umfang und die Reichweite dieser Haftung dann weit interpretiert. Jede Verpflichtung, die die Gruppengesellschaft hatte, (in seiner Eigenschaft) als Arbeitgeber des betreffenden Arbeitnehmers fiel nach dem Urteil des Richters unter die Haftung der Muttergesellschaft.

Obwohl Risikoverteilung an sich ein zulässiges Motiv für eine Gruppenbildung sein könnte, darf das nicht zum Entgehen von Haftung führen durch Missbrauch zu machen von (den Grenzen) der Rechtspersönlichkeit der einzelnen Gruppengesellschaften oder von den Verfügungsmachtverhältnissen innerhalb der Gruppe. In dem Fall kann es sich um Haftung auf Grund unerlaubter Handlung der Muttergesellschaft gegenüber dem Gläubiger oder der Vertragspartei ihrer Gruppengesellschaft handeln, wenn ihr ein schwerer Vorwurf wegen Nicht-Erfüllung durch die Gruppengesellschaft gemacht werden kann. Anders als bei der oben genannten Haftung der Muttergesellschaft als Bedingung für die Nutzung einer Freistellung aus Buch 2 BW handelt es sich hier um eine Schadenshaftung. Die Muttergesellschaft ist also nicht solidarisch haftbar neben der Gruppengesellschaft, sondern für den Schaden haftbar, den ein Gläubiger oder eine Vertragspartei infolge einer Nicht-Erfüllung durch die Gruppengesellschaft erleidet.

In der niedrigeren Rechtsprechung ist einige Male geurteilt worden, dass die Muttergesellschaft auf Grund von unerlaubter Handlung gegenüber einem Arbeitnehmer ihrer Gruppengesellschaft haftbar war. Ebenso wie bei der hiavor besprochenen Solidarhaftung der Muttergesellschaft auf Grund dem Gebrauchmachen der Jahresabschlussfreistellung aus Buch 2 BW durch die Gruppengesellschaft, handelte es hier meistens um die von der Gruppengesellschaft gegenüber ihren Arbeitnehmern geschuldeten Entlassungsvergütungen. Der ‚Hoge Raad‘ hat sich noch nicht über spezifische Umstände oder Situationen ausgesprochen, worin die Muttergesellschaft gegenüber Arbeitnehmern ihrer Gruppengesellschaft auf Grund von unerlaubter Handlung haftbar sein kann. In der niedrigeren Rechtsprechung, worin ein Arbeitnehmer Haftbarkeit auf Grund von unerlaubter Handlung der Muttergesellschaft geltend machte, führte der Umstand, dass ein Arbeitnehmer und nicht ein normaler Handelsgläubiger der Gruppengesellschaft die Haftbarkeit geltend machte, nicht zu einer schnelleren Zuweisung der Forderung. Das war anders in die in Kapitel 6 besprochene Nacap-Sache. In dieser Sache urteilte der Richter, dass die Muttergesellschaft auf Grund von unerlaubter Handlung gegenüber den Arbeitnehmern ihrer Gruppengesellschaft haftbar war, weil sie sich ihrer Verantwortlichkeit für die sich aus deren Arbeitsverträgen ergebenden Verpflichtungen entzogen hatte, die infolge ihrer Einmischung in die Geschäftsführung dieser Gruppengesellschaften entstanden waren. Weil der Muttergesellschaft kein schwerer Vorwurf wegen der Nicht-Erfüllung durch die Gruppengesellschaften gemacht worden war, war der in diesem Verfahren angenommene Haftungsdurchbruch faktisch ausschließlich

auf ihren (intensiven) Einfluss auf die Geschäftsführung ihrer Gruppengesellschaft gegründet worden. Aus dem Grund kann die in der Nacap-Sache eingeführte Eigenverantwortlichkeit der Muttergesellschaft für die arbeitsrechtlichen Folgen ihrer intensiven Einmischung in die Geschäftsführung ihrer Gruppengesellschaft als eine Form von Zurechnung von Arbeitgeberhaftung bezeichnet werden. Zurechnung von Arbeitgeberhaftung findet in Gruppenverhältnissen auch statt, ohne dass dabei von einem Haftungsdurchbruch die Rede ist. Das läuft dann darauf hinaus, dass bei der Anwendung der arbeitsrechtlichen Gesetzgebung und der gesetzlichen Regelungen auf dem Gebiet der Entlassung, die – finanzielle Lage – der Gruppe im Ganzen oder die früheren Arbeitsverträge mit anderen Gruppengesellschaften berücksichtigt werden. Dieses Berücksichtigen der Gruppenmitgliedschaft des Arbeitgebers erfolgt in diesen Situationen auf Grund der Grundsätze der Redlichkeit und Billigkeit und/oder im Rahmen einer angemessenen Gesetzesanwendung.

Wenn die innerhalb einer Gruppe tätigen Arbeitnehmer auf Grund von Arbeitsverträgen mit einer Personals-B.V. (oder einem anderen zentralen Arbeitgeber innerhalb einer Gruppe) bei einer anderen zu der Gruppe gehörenden Arbeitsgesellschaft eingesetzt werden, wird diese Personals-B.V. als Arbeitgeber ex Artikel 7:610 Absatz 1 BW betrachtet. In dieser Situation handelt es sich nicht um einen Vermittlungsvertrag in Sinne von Artikel 7:690 BW, sondern werden in der arbeitsrechtlichen Gesetzgebung und in gesetzlichen Regelungen in und außerhalb des BWs wohl Konsequenzen mit dem Umstand verbunden, dass der Arbeitnehmer in dem Unternehmen eines anderen als in dem seines vertraglichen Arbeitgebers Arbeit verrichtet. Außerdem kann es sich auch in dieser Situation um die oben genannte Pluralitätshaftung auf Grund von Buch 2 BW handeln, um einem Haftungsdurchbruch auf Grund von unerlaubter Handlung oder um die hiervor besprochene Zurechnung der Arbeitgeberhaftung in Gruppenverhältnissen.

Nicht nur die Gruppenmitgliedschaft des Arbeitgebers kann es mit sich bringen, dass es sich um Pluralitätshaftung auf Grund von Bestimmungen in Buch BW handelt. In Kapitel 7 kam zur Sprache, dass dies ebenfalls bei einer gesellschaftsrechtlichen Strukturänderung in Form von Fusion oder Spaltung der Fall ist. Der Vermögensübergang im Wege der Gesamtnachfolge bei Fusion oder Spaltung führt dazu, dass die Arbeitnehmer als Gläubiger und Vertragsparteien der bei einer Fusion oder (Ab)Spaltung beteiligten Rechtsperson, ohne dass sie darauf Einfluss haben, mit einer (anderen) Gegenpartei mit einer eingreifend geänderten Vermögenslage zu tun bekommen. Darum enthält Buch 2 BW einige spezifische Bestimmungen, worin die Interessen von Gläubigern und Vertragsparteien der Rechtspersonen geschützt werden, die an einer Fusion oder Spaltung beteiligt sind. Festgestellt wurde, dass in der Rechtsprechung keine Beispiele dafür zu finden sind, wo diese Bestimmungen von oder namens (ehemaliger) Arbeitnehmer einer an einer Fusion oder (Ab)Spaltung beteiligten Rechtsperson geltend gemacht wurden. Einer der Gründe dafür wird sein, dass wenn der Arbeitsvertrag bei der Fusion oder (Ab)Spaltung an eine erwerbende Rechtsperson übergeht, es sich fast immer um einen Übergang des Unternehmens handelt. Der Arbeitsvertrag geht dann auf Grund der Artikel 7:662 ff. BW (ebenfalls)

von Rechts wegen über. Obwohl der Arbeitsvertrag des Arbeitnehmers auf Grund der beiden Regelungen automatisch übergeht, haben die gleichzeitig Anwendung findende Fusions- oder Spaltungsregelung und die Artikel 7:662 ff. BW nicht dieselben Folgen für den übergehenden Arbeitnehmer. Auf Grund der Fusions- und Spaltungsregelung in Buch 2 BW wird der Arbeitnehmer nach dem Übergang seines Arbeitsvertrags nicht gegen Entlassung oder eine Verschlechterung seiner Arbeitsbedingungen wegen Fusion oder (Ab)Spaltung geschützt. Auch ein Anspruch auf Information im Sinne von Artikel 7:665a BW für den Arbeitnehmer bei Übergang des Unternehmens fehlt in der Fusions- und Spaltungsregelung. Dem steht gegenüber, dass auf Grund der Fusions- und Spaltungsregelung, anders als bei Übergang des Unternehmens (auf Grund von Artikel 7:664 BW), die Altersrentenzusagen und Spargeldregelungen der übergehenden Arbeitnehmer im Wege der Gesamtnachfolge übergehen.

Im Kapitel 8 ist unter Verweisung auf die Geschichte des Zustandekommens und die verschiedenen Zielsetzungen der Fusionsrichtlinie und der Richtlinie Übergang des Unternehmens festgestellt worden, dass es das Ziel des europäischen Gesetzgebers gewesen ist, die Position der infolge einer Fusion oder Spaltung ihres Arbeitgebers übergehenden Arbeitnehmer in der Richtlinie Übergang des Unternehmens exklusiv zu regeln. Auf Grund dessen ist angeführt, dass mit einer exklusiven Anwendung der Artikel 7:662 ff. BW bei Fusion oder (Ab)Spaltung ein besseres Gleichgewicht der Interessen des Arbeitgebers und Arbeitnehmers in dieser Situation entstehen würde. Der Arbeitsvertrag des infolge einer Fusion oder (Ab)Spaltung übergehenden Arbeitnehmers würde dann nicht im Wege der Gesamtnachfolge auf Grund von Buch 2 BW übergehen, sondern von Rechts wegen auf Grund von Artikel 7:663 BW und er würde dann auch nicht die Gläubigerschutzbestimmungen in der Fusions- oder Spaltungsregelung geltend machen können. Infolge der Weise, wie die Richtlinie Übergang des Unternehmens und die Fusions- und Spaltungsrichtlinie im BW implementiert sind, wäre eine solche exklusive Anwendung der Artikel 7:662 ff. BW wohl das Eingreifen des Gesetzgebers erfordern. Der Arbeitnehmer, dessen Arbeitsvertrag bei der Fusion oder (Ab)Spaltung nicht übergeht, und der also nicht von Rechts wegen auf Grund von Artikel 7:663 BW übergeht, sollte die Gläubigerschutzbestimmungen in der Fusions- und Spaltungsregelung wohl (weiterhin) geltend machen können.

Die dritte Frage

Wird im Recht den Interessen des Arbeitgebers und des Arbeitnehmers in Situationen genügend entsprochen, worin seitens des Arbeitgebers gleichzeitig oder nachfolgend verschiedene Parteien an der Ausführung des Arbeitsvertrags beteiligt sind?

Die Änderung der Rolle und Eigenschaft des Arbeitgebers und des Arbeitnehmers als Parteien bei einem Arbeitsvertrag haben dazu beigetragen, dass der Arbeitnehmer immer öfter Arbeit in einem Unternehmen verrichtet, das Eigentum ist oder das betrieben wird von einem anderen als der Partei, womit er sich in einem Arbeitsvertrag verbunden hat. Obwohl es hier nicht zur Diskussion steht, dass es sich um einen Arbeitsvertrag handelt und der Arbeitnehmer infolgedessen ein Arbeitnehmer im Sinne von Artikel 7:610 Absatz 1 BW ist, ist es wichtig, welche Partei in dieser Situation für die Anwendung von Titel 10 Buch 7 BW als zivilrechtlicher

Arbeitgeber bezeichnet werden muss. In verschiedenen Bestimmungen in Titel 10 Buch 7 BW ist der darin festgelegte arbeitsrechtliche Schutz an die Arbeitgeberschaft des Eigentümers oder Betreibers des Unternehmens gebunden, worin der Arbeitnehmer Arbeit verrichtet. Dieser arbeitsrechtliche Schutz hat nicht den damit beabsichtigten Effekt, wenn der Arbeitgeber nicht derselbe ist oder bleibt wie der Eigentümer oder Betreiber des Unternehmens.

Dass der Arbeitnehmer sich in einem Arbeitsvertrag mit einem anderen verbindet als dem Eigentümer oder Betreiber des Unternehmens, wo er die Arbeit verrichtet, hat an sich keine Konsequenzen für den in den Kapiteln 6 und 7 besprochenen gesellschaftsrechtlichen Schutz, den er als Gläubiger oder Vertragspartei einer Gruppengesellschaft oder einer verschmelzenden oder sich (ab)trennenden Gegenpartei genießt. Diese ‚gesellschaftsrechtliche Haftungspluralität‘ bezieht sich nicht spezifisch auf die sich aus Arbeitsverträgen ergebende Verpflichtungen und dabei ist eigentlich nicht relevant, ob der Arbeitgeber als Gläubiger oder vertragliche Gegenpartei der Eigentümer oder Betreiber des Unternehmens ist oder bleibt, worin der Arbeitnehmer Arbeit verrichtet. Der Arbeitnehmer genießt diesen gesellschaftsrechtlichen Schutz als Gläubiger oder Vertragspartei des Arbeitgebers und der kommt eigentlich zum arbeitsrechtlichen Schutz hinzu, den er als Arbeitnehmer in Sinne von Titel 10 Buch 7 BW genießt. Trotzdem legt der Richter diesen gesellschaftsrechtlichen Schutz manchmal in Situationen weiter aus, wo ein Arbeitnehmer das hier als Gläubiger oder Vertragspartei der Rechtsperson geltend macht.

In Situationen von Pluralität der Arbeitgeberschaft werden die Nachteile, die der Arbeitnehmer von der Art und Weise, wie der Arbeitsvertrag vertraglich eingerichtet ist, empfinden könnte, in vielen Fällen bei der Anwendung der betreffenden arbeitsrechtlichen Gesetzgebung weggenommen. Sofern die Gesetzgebung in diesen Situationen keine Lösung bietet, besteht sowohl beim europäischen als auch beim nationalen Richter oft die Bereitschaft, Gesetzesbestimmungen weit zu interpretieren oder kreativ auszulegen. Damit wird vermieden, dass der Arbeitnehmer mit Schaden sitzen bleibt und wird die Partei, die an Arbeitgeberseite Vorteil von der (abweichenden) Weise hat, wie der Arbeitsvertrag vertraglich eingerichtet ist, für den infolgedessen vom Arbeitnehmer erlittenen Nachteil haftbar gemacht. Der vertragliche Arbeitgeber wird dann wohl als der Arbeitgeber ex Artikel 7:610, Absatz 1, BW qualifiziert. In Kapitel 8 ist dargelegt, dass mit dieser Pluralität der (Arbeitgeber) Haftung in arbeitsrechtlichen Dreiecksverhältnissen, worin der vertragliche Arbeitgeber eine selbständige und inhaltliche Rolle beim Zustandekommen und der Ausführung des Arbeitsvertrags spielt, wie bei der Zeitarbeitsvermittlung und manchen anderen Formen von Detachieren, auf adäquate Weise gewährleistet wird, dass kein arbeitsrechtlicher Schutz verloren geht, der an die Arbeitgeberschaft des Eigentümers oder Betreibers des Unternehmens gekoppelt ist, wo der Arbeitnehmer die Arbeit verrichtet. Das gilt ebenfalls für das intra-Konzern Detachieren durch eine Personals-B.V. Innerhalb diesem arbeitsrechtlichen Dreiecksverhältnis gibt die wirtschaftliche Realität der Gruppe der Arbeitgeberschaft des vertraglichen Arbeitgebers Bedeutung.

Bei arbeitsrechtlichen Dreiecksverhältnissen, worin der vertragliche Arbeitgeber keine selbständige und inhaltliche Rolle beim Zustandekommen und der Ausführung des Arbeitsvertrags spielt, wird mit dieser Pluralität der (Arbeitgeber)Haftung jedoch nicht vermieden, dass arbeitsrechtlicher Schutz ausgehöhlt wird. Die Arbeitgeberschaft des vertraglichen Arbeitgebers steht dann auf gespanntem Fuß mit dem System von Titel 10 Buch 7 BW und mit der Funktion, die der zivilrechtliche Arbeitgeberbegriff in der öffentlich-rechtlichen Arbeitsgesetzgebung und im Tarifvertragsrecht hat. Diese Aushöhlung des arbeitsrechtlichen Schutzes ist namentlich der Fall bei arbeitsrechtlichen Dreiecksverhältnissen, die ausschließlich (oder hauptsächlich) in Hinsicht auf das aus der Hand Geben der juristischen und administrativen Arbeitgeberschaft an einen Dritten organisiert sind. Ein Beispiel eines solchen arbeitsrechtlichen Dreiecksverhältnisses ist "Payrolling".

Bei der derzeit üblichsten Form von Payrolling bildet das aus der Hand Geben der juristischen und administrativen Arbeitgeberschaft an einen Dritten durch den faktischen Arbeitgeber den Grund für das arbeitsrechtliche Dreiecksverhältnis, wobei der Arbeitnehmer einen Arbeitsvertrag mit einem Payroll-Unternehmen schließt. Payrolling ist keine Zeitarbeitsvermittlung oder eine andere neue Form von Arbeit, sondern bildet eine Alternative für den Arbeitsvertrag mit dem Eigentümer oder Betreiber des Unternehmens, worin der Arbeitnehmer die Arbeit verrichtet. Bei Payrolling manifestiert sich die oben genannte Aushöhlung des arbeitsrechtlichen Schutzes namentlich in einen verminderten Entlassungsschutz des Arbeitnehmers, aber sie erstreckt sich auch auf (andere) Vorschriften in Titel 10 Buch 7 BW und auf die öffentlich-rechtliche Arbeitsgesetzgebung, worin an den zivilrechtlichen Arbeitgeberbegriff angeschlossen wird. Es handelt sich um Spannung mit dem Tarifvertragsrecht, weil das Payroll-Unternehmen nur verpflichtet ist, einen Tarifvertrag anzuwenden, wenn es selber an diesen Tarifvertrag gebunden ist oder wenn sein Unternehmen oder seine Aktivität unter die Wirkung eines allgemein für verbindlich erklärten Tarifvertrags fällt. Dadurch würden Payroll-Arbeitnehmer keinen für die faktischen Arbeitgeber geltenden Branchen-Tarifvertrag und die darin getroffenen Vereinbarungen geltend machen können, die sich spezifisch auf die Arbeit in einem Unternehmen beziehen wie das des faktischen Arbeitgebers (wie Einrichtungen auf dem Gebiet von Altersrenten, Kindertagesstätten und Schulung). Payroll-Arbeitnehmer würden dann in dieselbe Position kommen wie Zeitarbeitskräfte, in dem Sinne, dass das nicht durch die Tatsache gerechtfertigt wird, dass die Arbeitnehmer in dem 'eigenen' auf Allokation von Arbeitskräften ausgerichteten Unternehmen des vertraglichen Arbeitgebers tätig sind und ein Geltendmachen des "Waadi" für sie oft keinen Sinn haben wird. Da jetzt Sein vor Schein geht bei der Qualifikation des Arbeitsvertrags, sollte der Richter durch den Payroll-Vertrag hindurchsehen können bei der Qualifikation des Arbeitgebers, weil das Payroll-Unternehmen keine selbständige und inhaltliche Rolle beim Zustandekommen und der Ausführung des Arbeitsvertrags spielt, und stattdessen urteilen können, dass der Payroll-Arbeitnehmer im Dienst des Eigentümers oder Betreibers des Unternehmens (geblieben) ist, wo er die Arbeit verrichtet.