

Die Finanzmärkte, das Arbeitsrecht und die freie Unternehmerentscheidung*

Prof. Dr. Henner Wolter, Berlin

A. Trends in den Arbeitsbeziehungen – Beobachtungen aus der arbeitsrechtlichen Praxis

Nicht erst, aber beschleunigt seit etwa 1990 nimmt der Wettbewerb um Reduzierung der Personalkosten zwischen den Unternehmen zu und scheint inzwischen zur dominierenden Form des Wettbewerbs geworden zu sein. Jüngst kommen die vor allem von den Finanzmärkten ausgehenden Shareholder Value-Orientierung und die erfolgsabhängigen Vergütungen für Geschäftsführer und oberes Management¹ hinzu. Schließlich sind die Folgen der Globalisierung nicht zu übersehen. In reißerischer Diktion könnte man diese Determinanten als drei – eng miteinander agierende – „apokalyptische Reiter“ bezeichnen, die den „Arbeitsstandort Deutschland“ und das überkommene Arbeitsrecht gefährden. Analysieren wir diese drei Aspekte etwas genauer:

I. Dominanz des Personalkostenreduzierungs-wettbewerbs

Zunächst zum Wettbewerb um die Reduzierung der Personalkosten und seinen Wirkungen auf Arbeitsbeziehungen und Arbeitsrecht:

Führte die **betriebsbedingte Kündigung** bei den Kündigungsgründen bis ans Ende der 80er Jahre ein eher randständiges Dasein, steht sie inzwischen mit ca. 2/3 der Kündigungsschutzverfahren² im Mittelpunkt der Vertretungspraxis und der Rspr. des BAG. Immer häufiger wird sie als „bloßer Personalabbau“ durchgeführt³. Dieser verfolgt „Sparziele“⁴, mehr und mehr aber z. T. exorbitante Gewinnsteigerungen, Beispiel: Deutsche Bank (Erhöhung der Eigenkapitalrendite durch Personalabbau).

Bei der **Betriebsänderung** (§ 111 BetrVG) kommen die bloß unternehmens- bzw. betriebsorganisatorischen Tatbestände des § 111 S. 3 Nr. 1–3 BetrVG (Stillegung, Teilstillegung, Spaltung, Verschmelzung) immer öfter vor. Erheblich an Bedeutung verloren haben im Vergleich dazu die mit Investitionen in Realkapital zusammenhängenden Tatbestände des § 111 S. 3 Nrn. 4 u. 5 BetrVG (neue Arbeitsmethoden, Fertigungsverfahren, Betriebsanlagen). Aus dem umfangreichen, ausgefeilten Instrumentarium der Methoden zur Reduzierung der Personalkosten seien nur die folgenden drei genannt:

– **Tarifflicht**, z. B. durch Betriebsübergang auf einen nicht tarifgebundenen AG oder auf einen, der anderen Tarifen unterliegt, die, wie es der Zufall will, immer „billigere“ sind. Neue Vermeidungsstrategie sind tariffreie konzerninterne Personalgestaltungsgesellschaften⁵; Leiharbeit zu Billigstarifen „christlicher“ Scheingewerkschaften, mit origineller „Realisierung“ des Equal Pay, OT-Mitgliedschaft.

– Durch Drohung mit Schließung oder Verlagerung erzwungene sog. **„Bündnisse für Arbeit“** und ihre oft drastischen Verschlechterungen von Arbeitsbedingungen, auch ohne dass das Unternehmen in der Krise wäre, mit Tariföffnungen oder vollständigem Ignorieren des TV.

– **„Binnenflexibilisierung“ des Arbeitsverhältnisses** bei der Vergütung, der Hauptleistungspflicht des AG, über die er zu 25 % bis 30 % disponieren können⁶ soll – im Zweifel stets nach unten, und weitere

Instrumente zur Überwälzung des Betriebs- und Wirtschaftsrisikos des AG auf den AN (Arbeitszeitkonten; Vertrauensarbeitszeit usw.).

Alle diese Maßnahmen kommen ohne Investitionen in Realkapital aus. Ich nenne sie Politik der **„Profite ohne Investitionen“**.

II. Der shareholder value als „Leitstern“ unternehmerischen Handelns, auch in den Arbeitsbeziehungen

Die shareholder value-Orientierung bedeutet u.a. die konsequente Präferenzierung der Interessen der Anteilseigner vor allen anderen, den sog. Stakeholdern, zu denen auch die AN zählen. Mittel zur Realisierung der shareholder value-Orientierung sind die „materielle Interessiertheit“ von Vorständen und oberen Rängen des Managements durch **erfolgsabhängige Vergütung und Aktienoptionen** sowie eine Rechnungslegung, die v.a. an den Informationsinteressen der shareholder orientiert ist und in Anbetracht der zunehmenden Globalisierung der Kapitalmärkte ihre internationale Vergleichbarkeit gewährleistet. „Diese Voraussetzungen erfüllen nach einhelliger Meinung nur die US GAAP und IFRS. Nationale Bilanzierungsmethoden sind in den Hintergrund getreten“⁷.

Die Bedeutung der shareholder value-Orientierung für die Arbeitsbeziehungen und für das Arbeitsrecht liegt auf der Hand: Arbeitsrecht ist das Recht der Primärverteilung des durch Arbeit geschaffenen und zu schaffenden Wertes zwischen Kapital und Arbeit. Was der shareholder value dem Kapital an Reichtum, Rechten und Chancen von Rechts wegen verschafft, entzieht er so der lohnabhängigen Arbeit – und umgekehrt.

Diese Orientierungen sind „Import“ des Einflusses transnationaler Unternehmen, vor allem aus angelsächsischen Ländern, von institutionellen Investoren und ihrem shareholder activism⁸. Vor allem „al-

* Geringfügig gekürzte, mit Fußnoten versehene Antrittsvorlesung des Verfassers an der Humboldt Universität zu Berlin.

1 Vgl. die Übersicht bei *Habersack/Müllbert/Schlitt* (Hrsg.), Unternehmensfinanzierung und Kapitalmarkt, 2005, § 1, Rn. 19 ff.

2 Im einzelnen *Pfarr* u.a., Der Kündigungsschutz zwischen Wahrnehmung und Wirklichkeit, 2005, S. 51 ff.; vgl. auch *Bielinski/Hartmann/Pfarr/Seifert*, Die Beendigung von Arbeitsverhältnissen: Wahrnehmung und Wirklichkeit, AuR 2003, 81 ff.

3 Vgl. *Bitter*, DB 1999, 1214; *ders*, DB 2000, 1760; *B. Preis*, DB 2000, 1122; *Zepter*, DB 2000, 474; *Feudner*, DB 1999, 2566; BAG 08.06.1999 – 1 AZR 696/98 nv; im ersten Orientierungssatz ist die Rede vom „bloßen Personalabbau“; *Franzen*, NZA 2001, 805; vgl. auch die 3 Urteile des BAG 17.06.99, AuR 1999, 278, 353, 404 = NZA 1999, 1095; 1098, 1157.

4 Vgl.: So will Siemens in der Verwaltung 12.600 Stellen streichen, um bis 2010 die Kosten um 1,2 Mrd. € zu senken; vgl. FAZ 09.07.2008, S. 1.

5 Vgl. hierzu *Schüren/Hamann*, AÜG, 3. Aufl. 2007, § 1, Rn. 562; *Melms/Lipinski*, BB 2004, 2409.

6 Vgl. ausführlich *Singer*, Inhaltskontrolle von Arbeitsverträgen, 2007, S. 22 ff.; *Däubler* u. a., AGB-Kontrolle im Arbeitsrecht, 2. Aufl. 2008, § 308 BGB, Rn. 21 ff. m. w. N. aus der HRR.

7 *Habersack* u.a., aaO., § 1, Rn. 19; vgl. hierzu näher, insbes. auch zum Vergleich mit den Bilanzierungsvorschriften des HGB und auch der Sicht von BR und Wirtschaftsausschüssen von *Neumann-Cosel/Rupp*, Handbuch Wirtschaftsausschuß, 6. Aufl. 2006, S. 117 ff.

8 *Habersack* u.a., aaO., Rn. 19.

ternative Investments“ treiben sie voran. Dies ist ein Sammelbegriff für Vermögensanlagen, die sich nicht den traditionellen Anlagenformen zuordnen lassen. Sie werden auch „Finanzmärkte“ genannt. Neben Hedge Fonds gehören Private Equity, Venture Capital, strukturierte Produkte und – man höre – Rohstoffe, Währungen und Immobilien zu dieser Gruppe⁹.

Hedge Fonds definiert § 112 Investmentgesetz v. 2003 als Sondervermögen mit zusätzlichen Risiken, die entweder ihren Investitionsgrad durch Leverage (Hebelwirkung) steigern oder Leerverkäufe (long/short-sales) tätigen.

Private Equity Fonds sind gesetzlich nicht definiert; übersetzt meint dieser Begriff außerbörsliches (privates) Eigenkapital, grob zusammengefasst als Mehrheitsbeteiligung auf Zeit am Eigenkapital nicht börsennotierter Unternehmen mit dem Ziel der Wertsteigerung¹⁰.

Die Geschäftsmodelle der Hedge Fonds und der Private Equity Fonds realisieren am konsequentesten die Orientierung auf den **shareholder value** und damit am radikalsten die Umverteilungen zugunsten der Anteilseigner und zulasten der AN. Ziel „aktivistischer“ Hedge Fonds, die sich auch als Minderheitsgesellschafter in das Alltagsgeschäft der Geschäftsführer einmischen, ist es, die Gewinne möglichst komplett und möglichst schnell auszuschütten. Dadurch „werden langfristige Investitionen und Modernisierungen vernachlässigt“¹¹.

Noch dramatischer wirkt sich das Geschäftsmodell von Private Equity Fonds aus: Diese kaufen die Anteile am Unternehmen ganz oder deren Mehrheit, managen das erworbene Unternehmen für kurze Zeit aktiv und verkaufen es mit möglichst hohem Gewinn weiter. Das Eigenkapital zur Finanzierung des Kaufpreises beträgt 30 % oder weniger („Leverage“). Das erworbene Unternehmen wird „restrukturiert“¹². Die Kredite zur Finanzierung des Kaufs werden dem erworbenen Unternehmen, z. B. durch Verschmelzung der „Zweckgesellschaft“ (SPV) auf das „Zielunternehmen“¹³ gem. § 20 UmwG aufgehalst („down stream merger“), das aus seinen Erträgen Zins und Tilgung bedienen muß¹⁴.

Der kurzfristig zu realisierende shareholder value, die kurzfristig zu bedienenden Vergütungsinteressen von Spitzenmanagern und die Tilgung des Kaufpreises aus dem erworbenen Unternehmen gehen zu Lasten einer mittel- oder langfristigen Unternehmensentwicklung. Das dem Betrieb entzogene Kapital steht ihm für Investitionen, etwa zur Ausweitung oder Modernisierung der Produktion, in produktivere Technologien und Arbeitsorganisation nicht mehr zur Verfügung. Dies gefährdet die Zukunftsfähigkeit des Betriebes.

Die massive Steigerung der Verschuldung der Unternehmen („Zielgesellschaften“) läßt zur Verteilung an die AN entsprechend weniger übrig. Die schnelle Aufzehrung des Eigenkapitals¹⁵, Sonderdividenden für Shareholder und Provisionen für Manager erzeugen erst die betrieblichen Probleme, auch weil deren individuelle Vergütungsinteressen oft genug die Entwicklung des Unternehmens bestimmen. Aufgrund der meist sehr kurzen Haltezeiten der Geschäftsanteile durch die Fonds wird – vor oder nach deren Veräußerung – mit denselben Methoden erneut Druck auf die Belegschaft ausgeübt. Der Betrieb gerät in eine permanente „Restrukturierung“.

III. Globalisierung - „von der Regelung des Wettbewerbs zum Wettbewerb der Regeln“

Diesen Entwicklungslinien insbes. auch der global organisierten Finanzmärkte fügt die Globalisierung eine Dimension hinzu, die auf die Arbeitsbeziehungen durchschlägt – auch dies Beobachtungen

aus der Praxis des Arbeitsrechtsanwalts: Als das Besondere der Globalisierung wird der Wechsel von der an Standorte gebundenen Konkurrenz der Unternehmen um Absatzmärkte zur Standortkonkurrenz zwischen Staaten – um die Attraktivität des jeweiligen Landes für die Ansiedlung multinationaler Unternehmen zu erhöhen – bezeichnet¹⁶. Die Globalisierung nennt sich auch „Standortarbitrage“ oder „Exit-Optionen“, über die vor allem transnationale Unternehmen verfügen. Der Nationalstaat wird zum „nationalen Wettbewerbsstaat“¹⁷. Der Standortwettbewerb geht zu Lasten der standortgebundenen Faktoren, vor allem der überwiegend immobil bleibenden Arbeitskräfte, mit dem Ziel, die Attraktivität des Standortes für die mobilen Faktoren, das Kapital, zu erhöhen¹⁸.

Ähnliches findet nicht nur zwischen den Nationalstaaten statt, sondern auch in der Konkurrenz der Unternehmungen gegeneinander und innerhalb von Konzernen. Es wird ein ständiger Leistungsvergleich von möglichst allem ausgerufen, was sich quantifizieren lässt, dies nennt sich „Benchmarking“. In der Praxis genügt oft schon das Wissen der Beschäftigten um das Vorhaben eines „Benchmarkings“, um ganze Belegschaften zwecks Erhalt ihres „Standorts“ zu einschneidenden Zugeständnissen etwa beim Lohn, der Arbeitszeit, der Zahl der Beschäftigten usw. zu veranlassen; der Kennziffernvergleich muß nicht einmal durchgeführt werden¹⁹.

Ein weiterer Aspekt der Globalisierung ist von wachsender praktischer Bedeutung für die Arbeitsbeziehungen: Die Suche nicht nur nach dem richtigen, sondern nach überhaupt einem Ansprech- und

⁹ Deutsche Bank, Alternative Investments-Grundstrukturen und Risiken, 2004, S. 3; vgl. auch Graef, Aufsicht über Hedge Fonds im deutschen und amerikanischen Recht, 2008, S. 93 ff.; zur „Verbriefung“ vgl. z. B. Ricken, Verbriefung von Krediten und Forderungen in Deutschland, edition der Hans-Böckler-Stiftung 213, 2008; vgl. weiter Jarass/Obermair, Steuerliche Aspekte von Private-Equity- und Hedge-Fonds, edition der HBS 202, 2007.

¹⁰ Thum/Timmreck/Keul, Private Equity, 2008, S. 13 ff.

¹¹ Huffschnid u.a. (Hrsg.), Finanzinvestoren: Retter oder Raubritter? 2007, S. 47 f.; zur konkreten Beschreibung der Aktivitäten eines Hedge Fonds hierzu vgl. ausführlich Seifert/Voth, Invasion der Heuschrecken, 2007 (am Fall der Frankfurter Börse); Faber, Finanzinvestoren in Deutschland, Portraits und Investitionsbeispiele, Hans-Böckler-Stiftung, Arbeitspapier 123, 2006; Böttger, Strukturen und Strategien von Finanzinvestoren, HBS Arbeitspapier 120, 2006; Kamp/Krieger, Die Aktivitäten von Finanzinvestoren in Deutschland, HBS Arbeitspapier 103, 2005; vgl. auch Mitbestimmung, H. 9/2007; Die ZEIT Nr. 35 v. 23.08.2007; Kussmaul u.a., DB 2005, 2533 (zu Grohe); Voth, Transparenz und Fairness auf einem einheitlichen europäischen Kapitalmarkt, edition der HBS 203, 2007.

¹² Zur Struktur der Fonds sowie zur steuerlichen Privilegierung und ihren Voraussetzungen (Vermögensverwaltung statt gewerblicher Tätigkeit) vgl. ausführlich Assmann/Schütze, Handbuch des Kapitalanlagerechts, 3. Aufl. 2007, § 26, Rn. 358 ff. m.w. N.; Kamp/Krieger, aaO., S. 22 ff.; Huffschnid u.a. (Hrsg.), Fn. 11, S. 31 ff.; Köppen, Private Equity-Fonds, ebd. Fn. 11, S. 51 ff.; Jarass/Obermair, aaO.

¹³ Vgl. Weitnauer, Handbuch Venture Capital, 3. Aufl. 2007, S. 65 ff.; 400 ff.; Thum/Timmreck/Keul, aaO., S. 91 ff.; Kamp/Krieger, aaO., S. 22.

¹⁴ Vgl. exemplarisch Hennemann, Im Besitz von Finanzinvestoren – ein Beispiel aus der Praxis, in: Huffschnid u.a. (Hrsg.), Fn. 11, S. 69 ff. am Fall des Unternehmens FTE automotive, einem Autozulieferer im Fränkischen.

¹⁵ Vgl. auch die Übersicht in FAS v. 05. 11. 2006, Nr. 44.

¹⁶ Enquete-Kommission Globalisierung der Weltwirtschaft – Herausforderungen und Antworten, BT-DrS 14/9200 v. 12.06.2002, S. 226.

¹⁷ Altwater/Mahnkopf, Grenzen der Globalisierung, 7. Aufl. 2007, S. 63. Zugleich verschärft sich der „Antagonismus zwischen mobilem Geld und immobilen Produktionsfaktoren, der lokal gebundenen Arbeit und den örtlich gebundenen Produktionsmitteln“; vgl. dies., aaO., S. 250, 272 ff.; Enquete-Kommission, aaO., S. 223 ff.

¹⁸ Altwater/Mahnkopf, aaO., z. B. S. 162 ff.; 250; 315 f.; Enquete-Kommission, ebd.

¹⁹ So zu Recht Altwater/Mahnkopf, aaO., S. 290, 312 ff.; ebenso Enquete-Kommission, aaO., S. 54.

Verhandlungspartner auf Arbeitgeberseite wird für BR immer diffiziler, die Arbeitgebervertreter haben immer weniger zu sagen, sind immer öfter von „offshore“ fremdgesteuert.

IV. Gründe

Die Gründe sind ökonomische und politische. In Kürze:

1. Die Betriebe sind so „voll“ von „teurer“ Technik und Arbeitsorganisation (hohe „technische und organische Zusammensetzung des Kapitals“), daß ein Konkurrenzvorteil nur noch um den Preis der Investition exorbitanter Kapitalsummen gelingen könnte. Das Kapital würde außerdem nicht schnell genug umschlagen. Die Personalkostenreduzierung verspricht schnelleren return on investment und höhere Profite.

2. Dem Kapitalmarkt fehlt es nicht etwa an Kapital, im Gegenteil besteht ein Überfluß an Kapital, das deshalb immer schwieriger profitable Anlagebedingungen findet. Die weitere Privatisierung der Alterssicherungssysteme wird dieses Problem drastisch verschärfen. Die Finanzmärkte mit ihren „innovativen“ und „alternativen“ Geschäftsmodellen versprechen – nicht immer zu Recht und oft nur von den Finanzmarktagenten selbst propagiert – besonders hohe Renditen. Hinzukommt die mangelnde gesetzliche Normierung und Transparenz dieser „Industrien“. Deshalb wird statt in Realkapital in die Finanzmärkte investiert. Die Zweck-Mittel-Relation zwischen dominierenden Realinvestitionen und dienenden Finanzmärkten hat sich zu einer zwischen dominierenden Finanzmärkten und dienendem Realkapital verkehrt – mit weitreichenden, teils bereits eingetretenen, teils absehbaren wirtschaftlichen und gesellschaftlichen Folgen²⁰.

3. Man spricht von der Verdrängung des rheinischen durch den angelsächsischen Kapitalismus. Dies kommt schon in der Herrschaftssprache, die nicht mehr „systemkritisch“, sondern rein affirmativ von „Kapitalismus“ und „Finanzmarktkapitalismus“ spricht, zum Ausdruck. Begriffe wie Sozialstaat, soziale Marktwirtschaft oder Sozialbindung des Eigentums sind bei den „Herrschaftssprechern“ außer Mode, fast schon tabu – und damit auch die Sache selbst.

4. Befeuert hat dies der Gesetzgeber, indem er – in Übereinstimmung mit Vorgaben der EU – die deutschen Kapitalmärkte geöffnet, dereguliert und steuerlich, v. a. im KStG erheblich privilegiert hat, und zwar ab 2001 unter Rot-Grün²¹.

5. Allerdings haben die Finanzmärkte keineswegs bereits unsere gesamte Ökonomie „unterjocht“, sie „prägen“ sie noch nicht einmal. Grob geschätzt sind gegenwärtig nicht mehr als 1 Mio. Arbeitsplätze in der BRD unmittelbar finanzmarktgebunden. Die ökonomischen Auswirkungen ihrer Geschäftsmodelle sind gleichwohl nicht zu übersehen, ihr spezifisches Wirken in den industriellen Beziehungen auch nicht. Immerhin sind nach Angaben von Investmentbankern mittlerweile „an der Mehrzahl der DAX-Unternehmen mindestens 2 Hedge Fonds beteiligt“²². Erzielen die Finanzmärkte auch künftig überdurchschnittliche Renditen, wird sich ihr Geschäftsmodell durch „Ansteckung“ der anderen Investoren weiter verbreiten –, zumal die Fonds zum größten Teil ohnehin von den Geschäftsbanken betrieben werden – die Deutsche Bank ist der größte Fondstreiber hierzulande. Die Geschäftsmodelle der Fonds zeigen uns eine mögliche, sogar wahrscheinliche Zukunft der industriellen Beziehungen. Wird nicht gegengesteuert, kann aus Modellen und aus den noch auf zahlreiche, allerdings äußerst eindrucksvolle Einzelfälle vor allem in Mittelbetrieben beschränkten Tendenzen eine herrschende gesamtwirtschaftliche Praxis mit einem enormen, kaum beherrschbaren Krisenpotential werden. Dann könnte das po-

litische und rechtliche Gegensteuern noch schwieriger werden als heute schon.

B. Konsequenzen für und Antworten des Arbeitsrechts

I. Schlussfolgerungen für das Arbeitsrecht

Sind Wirtschaft und Arbeitsbeziehungen, wo sie sind, beruht unser Arbeitsrecht immer noch auf rechtlichen und politischen Axiomen des rheinischen Kapitalismus, der aus der Mode gekommenen „Sozialen Marktwirtschaft“. Daraus abgeleitete Theoreme des Normalarbeitsverhältnisses und der flächendeckenden Tarifbindung sind schon seit längerem, z.T. durch Gesetzgebung und von der Rspr., aber auch von Wissenschaft und Praxis „proaktiv“ begleitet, fortgeschrittener Erosion ausgesetzt oder sogar bereits Geschichte. Jetzt geht es dem sachlichen Geltungsbereich des Arbeitsrechts, dem „Betrieb“ und seinem räumlichen Geltungsbereich, der nationalstaatlichen Geltung, an den Kragen, ohne daß der Gesetzgeber reagierte. Hiervon macht der Vorschlag an den Gesetzgeber im „Diskussionsentwurf eines Arbeitsvertragsgesetzes“, laut seinen Autoren ein „Jahrhundertprojekt“, trotz aller „Zukunftsorientierung“²³ keine Ausnahme, auch er nimmt diese mögliche Zukunft der Arbeitsbeziehungen, wie sie hier mit wenigen Strichen skizziert wird, nicht zur Kenntnis. Das Arbeitsrecht droht damit, seine herkömmlichen Schutz- und Gestaltungsfunktionen weiter einzubüßen und an Geltungskraft zugunsten einer Art Markt- oder Unternehmenssicherungsrechts gegenüber den Arbeitsbeziehungen zu verlieren.

1. Der Betrieb als sachlicher Geltungsbereich des Arbeitsrechts

Der Betrieb ist in seiner Bestimmung durch Rspr. und Lit. die stoffliche, technisch-arbeitsorganisatorische Grundlage, der Träger, durch das Unternehmen seine wirtschaftlichen Zwecke der Gewinnerzielung realisiert, und als solcher Grundbegriff des Arbeitsrechts. Die Optimierung der wirtschaftlichen Zwecke des Unternehmens geschah bisher durchweg durch die Optimierung der technisch-organisatorischen Substrate, kurz: des Betriebs. Dadurch behauptete sich der Unternehmer in der Konkurrenz und erzielte seine Gewinne. Diese produktiv-stoffliche Seite des Betriebes negiert die Politik der Profite ohne Investitionen und wirft damit gleichsam Betrieb und Unternehmen zusammen. Das Arbeitsrecht droht damit, seinen originären sachlichen Geltungsbereich zu verlieren.

2. Zum räumlichen Geltungsbereich des Arbeitsrechts

Räumlicher Geltungsbereich unseres Arbeitsrechts ist der Nationalstaat. Deutsches Arbeitsrecht, vor allem kollektives Arbeitsrecht der betrieblichen und Unternehmensmitbestimmung wie auch das Kündigungsschutzrecht gelten nur in seinem Rahmen. Das KSchG soll, folgt man dem BAG, bereits dann nicht gelten, wenn eine **ausländische Muttergesellschaft** in Deutschland für die hier Beschäftigten nur eine Briefkastenfirma unterhält und der hiesiger Geschäftsfüh-

20 Weitere Aspekte der kapitalmarktgetriebenen Wirtschaft faßt *Picot*, Handbuch Merger & Acquisitions, 3. Aufl. 2005, S. 8 ff., zusammen, u.a. Begünstigung der Fremdfinanzierung durch niedriges Zinsniveau, Überkapazitäten in vielen Branchen, mangelnde Möglichkeiten für organisches Wachstum, Abgabe von nicht zum Kerngeschäft gehörenden Aktivitäten und weiterer Anstieg grenzüberschreitender Transaktionen.

21 Überblick über die Entwicklungen im Kapitalmarktrecht in Deutschland bei *Rudolf*, in: Habersack/Mülbelt/Schlitt (Hrsg.), Fn. 1, § 1 sowie schematischer Überblick in den Anhängen I und II zu § 1, S. 29 ff.

22 Financial Times Deutschland 5.9.2005; Memorandum 2007, S. 158 ff. (163) sowie 2008, S. 195 ff.

23 *Henssler/Preis*, NZA, Beilage 1/2007, S. 5.; zum Entwurf vgl. auch AuR-Schwerpunktheft 6/08.

rer keine nennenswerten Befugnisse hat²⁴. Durch diesen simplen Trick soll Kündigungsschutzrecht „vermieden“ werden können. Das Geschäftsmodell der Fonds profitiert davon: Sie unterhalten keine inländische Niederlassung, sondern betreiben ihre Geschäftspraktiken von offshore aus²⁵. Haben sie als Gesellschafter in Deutschland aber AG mit hier lokalisierten Betrieben, setzen sie der betrieblichen und der Unternehmensmitbestimmung enge Grenzen, so daß Arbeitnehmerbeteiligung die ökonomischen und sozialen Macht- und Entscheidungszentren nicht erreicht: „Die betroffenen Belegschaften können (z. B. bei Standortschließungen oder -Verlagerungen) ihre Interessen gegen die ausländische Konzernspitze i. d. R. nicht wahrnehmen. Es bleibt der Interessenausgleich und Sozialplan mit den (konzessionsunfähigen) deutschen Schein-Geschäftsführern“²⁶.

Der europäische Betriebsrat hat zwar Auskunftsansprüche auch gegen die fingierte zentrale Leitung einer gemeinschaftsweit tätigen Unternehmensgruppe nach § 2 Abs. 2 EBRG, auch wenn diese die erforderlichen Kenntnisse nicht besitzt, jedoch sind die Rechte des EBR auf (grenzüberschreitende) Unterrichtung und Anhörung begrenzt. Mitbestimmen kann er nichts²⁷. Ein KBR ist bei der ausländischen Konzernspitze nicht zu bilden²⁸.

II. Antworten des Arbeitsrechts auf die drei Herausforderungen?

Nach der Skizze der Auswirkungen von Globalisierung, Finanzmärkten und Personalkostenreduzierung auf das Arbeitsrecht soll nun gefragt werden, ob Arbeitsrecht seinerseits aktiven Einfluß auf diese neuen und neuesten Herausforderungen nimmt. Der Befund muß zwischen bestehenden arbeitsrechtlichen Strukturen und der Art und Weise, wie insbes. die Rspr. des BAG diese „fortentwickelt“ hat, differenzieren.

1. Grundsatz: Keine rechtliche Relation zwischen Finanzmärkten und Arbeitsrecht – Umverteilung durch Nicht-Regelung

Das Arbeitsrecht setzt den betrieblichen Auswirkungen von Finanzmärkten und Globalisierung keine Grenzen²⁹, sind die arbeitsrechtlich relevanten Maßnahmen im Kontext von Globalisierung und Finanzmärkten doch keine qualitativ anderen als die außerhalb dieser Kontexte. Sie sind zwar radikaler, d.h. oft einschneidender und einseitiger, viel weniger auf sozialen Ausgleich bedacht als diese. Das macht für das Arbeitsrecht aber keine neue Qualität aus, also keine, die rechtlich zwingend neue Antworten erforderte. Das Arbeitsrecht macht weiter wie bisher.

Warum dies sein kann, ja, sein muß, erhellt, wenn man bedenkt, daß Arbeitsrecht traditionell bloß die Folgen unternehmerischer Maßnahmen im Arbeitsverhältnis und im Betrieb reguliert. Es dringt nicht zu ihren Voraussetzungen vor. Die Orientierung am shareholder value liegt im KSchG eine Ebene über den „unternehmerischen Entscheidungen“, würde also vom BAG, das schon diese nicht überprüfen mag, gleichsam erst recht nicht überprüft. Der sog. Berechnungsdurchgriff wie auch ein Haftungsdurchgriff, insbes. auf Gesellschafter oder herrschende Unternehmen, kommt nur unter den inzwischen sehr restriktiven Voraussetzungen der Haftung im faktischen Konzern entspr. der neueren Rspr. des BGH in Betracht. Deren Voraussetzungen sind selten erfüllt. Sozialpläne werden nach den wirtschaftlichen Gegebenheiten des „Unternehmens“ dotiert, nicht nach denen des offshore ansässigen herrschenden *Unternehmers* oder *Gesellschafter*s.

Das Arbeitsrecht ist insgesamt auf den *Arbeitgeber* zentriert. Die Fonds sind nicht *Arbeitgeber*, sondern *Gesellschafter*³⁰. Der Erwerb

des Zielunternehmens ist arbeitsrechtlich irrelevanter Gesellschaftswechsel. Die Verschmelzung der Zweck- auf die Zielgesellschaft ist kein Betriebsübergang. Sollte doch eine Spaltung oder Verschmelzung des Betriebes iSd. § 111 Abs. 3 Nr. 3 BetrVG vorliegen, fehlt es an ausgleichsfähigen Nachteilen, wenn – wie stets im ersten Schritt – betrieblich nicht umstrukturiert wird.

Ähnliches gilt für das konzern- oder branchenweite Benchmarking. Die unternehmerischen Entscheidungen, denen das Benchmarking nicht mehr als den Datenkranz, die Entscheidungsgrundlagen liefert, sind solche, für die das Arbeitsrecht keine anderen Instrumente bereithält, als für solche, denen ein Benchmarking nicht zugrunde liegt.

Kurz: Gleichviel ob die Arbeitsbeziehungen in einem Betrieb durch Globalisierung oder von Hedge Fonds bzw. Private Equity Fonds geprägt werden – das Arbeitsrecht gibt darauf keine anderen Antworten als auf unternehmerisches Handeln, das dadurch nicht bestimmt wird. Damit ist klar, daß das Arbeitsrecht eine zunehmende Orientierung der betrieblichen Praxis an Globalisierung, Finanzmärkten und einer Politik der „Profite ohne Investitionen“ weder steuert, geschweige denn behindert. Es befördert – gleichsam durch „Unterlassen“ die Umverteilungen zu Lasten der AN, die diese Instrumente bewirken.

2. Prinzipien der Rechtsprechung des BAG mit Blick auf die Finanzmärkte

a) Allgemeine Beobachtung: „Prozyklische“ Rechtsprechung zum Personalabbau

Die Rspr. des BAG verschärft diese wenig günstige gesetzliche Ausgangslage. Das Gericht betrieb bereits weit vor dem „Einbruch“ der Finanzmärkte in unsere Rechts- und Wirtschaftsordnung eine überwiegend „prozyklische“ Rspr., grob gesagt: Je höher die Arbeitslosigkeit, desto mehr schraubt die Rspr. arbeitsrechtliche Schutzstan-

24 BAG 03.06.2004 – 2 AZR 386/03; 17.01.2008 – 2 AZR 902/06, AuR 2008, 311, dazu kritisch *Deinert*, AuR 2008, 300.

25 Laut Mitteilungen der BaFin durften am 22. 01. 2008 fünf ausländische Dach-Hedge Fonds ihre Anteile in der Bundesrepublik Deutschland öffentlich vertrieben und 12 Single-Hedge Fonds. Hingegen umfasst die Liste der grenzüberschreitend tätigen Finanzdienstleistungsinstitute ohne lokale Präsenz in der Bundesrepublik Deutschland mit Stand v. Februar 2008 Hunderte von Firmenadressen. Die Zulassungsvoraussetzungen für Hedge Fonds betreffen nur in der BRD niedergelassene oder ausländische Investmentanteile, die öffentlich vertrieben werden (§ 1 S. 1 i. V. m. § 2 Abs. 9 InvG). Deshalb laufen die ohnehin minimalen Schutzvorschriften der §§ 112 ff. InvG in Bezug auf Hedge Fonds weitgehend leer.

26 Vgl. ausführlich *Seifert*, ZIAS 2006, 205 (208); vgl. z. B. auch *Hirte/Bücker* (Hrsg.), Grenzüberschreitende Gesellschaften, 2. Aufl. 2006, § 14; *Eidenmüller* (Hrsg.), Ausländische Kapitalgesellschaften im deutschen Recht, 2004, § 6. Im übrigen fehlen verbindliche Rechtsgrundlagen zur Errichtung grenzüberschreitender Arbeitnehmervertretungen, die über minimales Soft Law hinausgehen – vgl. die Einschätzung von *Seifert*, aaO., 208 ff, 215 ff. Zu Recht verweist *Seifert* darauf, daß die Selbstregulierung der Arbeitnehmerbeteiligung durch transnationale Kollektivverträge bei weitem erfolgversprechender sei, aaO., 219 ff.

27 BAG 29.06.2004 – 1 ABR 32/99, AuR 2004, 307.

28 BAG 14.02.2007 – 7 ABR 26/06, AuR 2007, 93, 325; dazu ausführlich und kritisch *Trittin/Gilles*, AuR 2008, 136 ff.

29 So i. E. auch *Eylert/Gotthardt*, RdA 2007, 91 (97).

30 Im übrigen beruht in einer der drei Entscheidungen des BAG zum bloßen Personalabbau v. 17.06.99 – 2 AZR 141/98, AuR 1999, 278, 353, dieser auf einer Entscheidung des Gesellschafters, was nach der Rspr. des BAG sogar in die Richtung der Kündigung nach dem Wortlaut des § 1 KSchG immer noch erforderlichen „betrieblichen Erfordernisse“ sei, die die Kündigung bedingen, und sie damit sozial rechtfertigen können.

dards herunter. Arbeitsrecht, namentlich Kündigungsschutzrecht gilt zunächst als Störfaktor bei der Standortarbitrage. Durch die dogmatisch nicht begründbare, in ihren Konturen immer noch unklare „freie Unternehmerentscheidung“³¹, aber auch durch andere Rechtsinstitute hat das Gericht das ökonomische „Arcanum“ des Unternehmens vor „Einbruchstellen“ von Arbeitnehmerinteressen abgeschottet. Nach Stimmen in der Lit., die sich nicht zu den schärfsten Kritikern des BAG rechnen dürften, hat das Gericht in den letzten Jahre sehr weite Spielräume für die unternehmerische Entscheidung eröffnet³². Auch habe die Interessenabwägung bei der Kündigung aus wirtschaftlichen Gründen praktisch ausgedient³³. Dies können sich die Finanzmarktakteure jetzt zu Nutze machen.

b) Entfernung von Wortlaut und Sinn des § 1 KSchG

Dabei hat sich die Dogmatik weit vom Gesetzestext entfernt³⁴. Wenn nach § 1 KSchG betriebliche Erfordernisse die Kündigung bedingen müssen, können außerbetriebliche oder unternehmerische Gründe oder – dazu tautologisch – Entscheidungen sie nicht bedingen, sie damit sozial auch nicht rechtfertigen. Eine darauf gestützte Kündigung müßte also rechtsunwirksam sein. Außerbetriebliche oder unternehmerische Gründe sind keine betrieblichen³⁵.

Ungeachtet dessen wurden von Anbeginn des Kündigungsschutzes im BRG 1920 an stets auch „wirtschaftliche“ Gründe und Sachverhalte, also solche, die nicht dem kündigungsschutz- und betriebsverfassungsrechtlichen Betriebsbegriff, sondern dem Unternehmensbegriff angehören, als betriebliche Kündigungsgründe akzeptiert³⁶. Die Interpretation ging also von Anbeginn des Kündigungsschutzes über den Wortlaut des Gesetzes hinaus. Jedoch mussten diese wirtschaftlichen Gründe bis gegen Ende der 50er Jahre sich betrieblich so „punktgenau“ auswirken, daß sie die Kündigung gerade des betroffenen AN notwendig machten³⁷. Ein allgemeiner Überhang an Arbeitsplätzen reichte nicht, insbes. wurde die Betrachtung des konkreten Arbeitsplatzes nicht erst bei der Sozialauswahl relevant – so aber seit längerem das BAG. Wenn unter dem BRG wie auch zunächst nach dem KSchG 1951 wirtschaftliche Gründe bei der Prüfung der betriebsbedingten Kündigung erörtert wurden, so stets nur im Kontext ihrer konkreten betrieblichen, sprich technischen oder arbeitsorganisatorischen Auswirkungen. Von einer Verselbständigung der wirtschaftlichen bzw. unternehmerischen Gründe oder Entscheidungen wie in der neueren Rspr. des BAG konnte keine Rede sein, erst recht nicht von der Dominanz, wie sie inzwischen besteht.

Rechtlich paradox, rechtspolitisch Ausdruck des prozyklischen Charakters der Rspr. ist, daß die Anforderungen an eine wirksame betriebsbedingte Kündigung nach dem Wortlaut des KSchG im Verhältnis zu seinen Vorläufern strenger, der individualrechtliche Schutz ausgeprägter³⁸, von einem effektiven Rechtsschutz aufgrund der Rspr. des BAG aber kaum etwas übrig geblieben ist. Auch in Anbetracht der Wirkungen der Finanzmärkte auf die Arbeitsbeziehungen sollte dies überdacht werden.

Nach der früher h. M. durften die Erhöhung von Dividenden oder Managergehältern nicht zur Kündigung von AN führen³⁹. Genau dies ist indes wesentlicher Bestandteil des Geschäftsmodells der Fonds: Die Erhöhung des shareholder value zugunsten der Gesellschafter sollen die AN der Zielunternehmen durch bloßen Personalabbau „bezahlen“ – mit dem Verlust ihres Arbeitsplatzes. Mit der Kündigungsschutzklage kann dies jetzt nicht mehr erfolgversprechend angegriffen werden. Selbst im „klassischen Shareholder Value-Fall“ (so genannt von Mitgliedern des Kündigungsschutzsenats des BAG⁴⁰, worunter sie eine Unternehmerentscheidung verstehen, die allein vom Gedanken der Gewinnmaximierung bestimmt ist, der dem Se-

nat aber bis 2002 noch nicht vorgelegen habe) müßte das BAG die Unternehmerentscheidung konsequenterweise unbeanstandet lassen. Wie das BAG § 1 KSchG versteht, ist es gleichgültig, ob die betriebsbedingte Kündigung auf „Profitsucht und Gier von Managern“⁴¹ oder auf exorbitante Beraterhonorare und Sonderdividenden zurückgeht, weil dies noch nicht einmal (unüberprüfbare) Unternehmerentscheidung, sondern nur deren Voraussetzung ist.

Indes: Implizite und wesentliche Prämisse der unüberprüfbaren Unternehmerentscheidung in der Rspr. des BAG ist die Eignung und Erforderlichkeit der betriebsbedingten Kündigung zur Erhaltung und – konkurrenzfähigeren – Fortsetzung des verbleibenden Teils des Betriebes mit weniger Personal als zuvor. Die Anpassung des Arbeitskräftebedarfs an veränderte betriebswirtschaftliche Verhältnisse gerade im Interesse der Zukunftsfähigkeit des Betriebes und der verbleibenden Beschäftigten liegt dem Geschäftsmodell der Fonds nicht zugrunde. Ihnen geht es nicht um die Zukunft des Betriebes, sondern um ihren optimalen und schnellen Gewinn, um sich baldmöglich ähnlichen Aufgaben in anderen Betrieben zuwenden zu können. Die Rspr. des BAG, 1:1 auf die Geschäftsmodelle der Fonds angewandt, würde auf einer anderen „Geschäftsgrundlage“ beruhen als bisher. Ob dies Konsequenzen für die Rspr. in „shareholder-value-Fällen“ haben wird, steht freilich dahin.

31 Soweit ersichtlich hat das BAG schon seit längerem die „Unternehmerentscheidung“ durch ihre „Freiheit“ „geadelt“; vgl. BAG 18.01.90 – 2 AZR 357/89, BAGE 64, S. 34; II 3 b) cc) der Gründe oder 09.05.96 – 2 AZR 438/95, BAGE 83, S. 127, BI 2 c) bb) der Gründe sowie jüngst 13.03.2008 – 2 AZR 1037/06, AuR 2008, 154.

32 Franzen, NZA 2001, 809.

33 Zur Kritik der Rspr. des BAG vgl. auch Stahlhacker/Preis/Vossen, Kündigung und Kündigungsschutz im Arbeitsverhältnis, 9. Aufl. 2005, § 2, Rn. 932 ff. mwN.; Schubert, HK-ArbR, 2008, § 1 KSchG, Rn. 421 ff., ebenfalls mwN., beide mit zusätzlichen Überlegungen; Colneric, Schriftenreihe Otto-Brenner-Stiftung, Bd 73, 1998, S. 11; Colneric fragt, was bei dieser Entwicklung an richterlicher Kontrolle verblieben sei (aaO., S. 27). Den Obersätzen und anderen Aussagen des Richterrechts liegen oft simple metarechtliche Prämissen zugrunde, die kaum jemals offengelegt werden. Nicht anders ist dies bei der Rspr. des BAG zur betriebsbedingten Kündigung. Sie geht implizit von der Annahme aus, Kündigungsschutz sei Beschäftigungshemmnis und schädlich für den „Wirtschaftsstandort Deutschland“, für die Standortarbitrage in der globalen Konkurrenz, also müsse das Niveau „heruntergefahren“ werden. Die Richtigkeit dieser Annahmen, über die seit Jahren gestritten wird, mag hier dahinstehen, vgl. dazu z. B. Pfarr u.a., Fn. 2.

34 Kühling, AuR 2003, 93 mwN.; zur Kritik vgl. neben den soeben Genannten auch Stein, KJ 2001, 282; ders. BB 2000, 457; ders., AuR 2003, 99.

35 So zu Recht Joost, Betrieb und Unternehmen als Grundbegriffe im Arbeitsrecht, 1988, S. 357 ff.

36 Vgl. statt aller Flatow/Kahn-Freund, Betriebsrätegesetz vom 04.02.1920, 13. Aufl. 1931, § 84, 3., wonach zu den „Verhältnissen des Betriebes“ auch die rechtlichen und wirtschaftlichen Beziehungen des Unternehmens zu anderen Unternehmungen gehören; noch nicht so deutlich für die Einbeziehung der „wirtschaftlichen Tatbestände“ die Voraufgabe: Flatow, Kommentar zum Betriebsrätegesetz, 12. Aufl. 1928, § 84, 12.

37 Vgl. Flatow/Kahn-Freund, aaO., S. 455: Der AG musste den Nachweis erbringen, daß gerade dieser Arbeitnehmer infolge der Rationalisierung entlassen werden musste.

38 Vgl. unter Hinweis auf die Begründung zum Regierungsentwurf z. B. Hueck/Nipperdey, Lehrbuch des Arbeitsrechts, 6. Aufl. 1959, Erster Bd., S. 578.

39 Vgl. statt aller Flatow/Kahn-Freund, aaO., S. 456; diese Auffassung teilte auch, wer – schon zu Zeiten des BRG, aber auch zum KSchG von 1951 – die Unternehmerentscheidung für gerichtlich unüberprüfbar hielt; z. B. Hueck, in: Hueck/Nipperdey/Dietz, AOG, 4. Aufl. 1943, § 56, Rn. 13 (S. 700) sowie Rn. 10, (S. 696 ff.); wörtlich identisch mit Hueck, KSchG, 1. Aufl. 1951, § 1, Rn. 36 ff.

40 Rost, JbArbR, Bd. 39, 2002, S. 83 (87); Bitter, DB 2000, 1760 (1766).

41 Bitter, ebd.

c) Interessenabwägung

Besonders gravierend ist der Abbau von Kündigungsschutz durch Rspr. in Bezug auf die Interessenabwägung: Ihr kam bei allen Kündigungsgründen, auch bei den betriebsbedingten, zunächst große Bedeutung zu⁴². Davon kann in der Rspr. zur betriebsbedingten Kündigung aber schon seit längerem keine Rede mehr sein. Das BAG reflektiert nur das Interesse des AG und wägt noch nicht einmal auf der einfachrechtlichen Ebene des KSchG die Interessen gegeneinander ab⁴³. Damit geraten Arbeitnehmerinteressen, die dieses Gesetz doch gerade schützen soll, von vornherein nicht in den Blick. Dann unterbleibt die Interessenabwägung auch, wenn profitable Unternehmen zwecks weiterer Erhöhung des Shareholder Value betriebsbedingt kündigen⁴⁴.

Jedoch sei gesagt: Das BAG erkennt immerhin, daß beim „bloßen Personalabbau“ Kündigung und Unternehmerentscheidung praktisch zusammenfallen. Konsequenz des Dogmas der Unüberprüfbarkeit wäre in solchen Fällen, daß auch die Kündigung unüberprüfbar würde. D.h. sie wäre nicht etwa stets unwirksam, vielmehr gäbe es umgekehrt gar keinen Kündigungsschutz mehr gegen sie. Dies ließe den Wortlaut des § 1 KSchG evident außer acht, wonach Gründe vorliegen müssen, die die Kündigung „bedingen“. Dies setzt voraus, daß solche Gründe außerhalb des Entschlusses zur Kündigung bzw. der Kündigung selbst liegen. Der drohenden Rechtsschutzlosigkeit und reinen Arbeitgeberwillkür versucht das BAG durch eine Erhöhung der dem AG im Prozeß gem. § 1 Abs. 2 S. 4 KSchG obliegenden Darlegungslast zu entgehen, nachdem es diese allerdings zuvor „abgestuft“, d. h. verringert hatte⁴⁵.

Fazit: Das Arbeitsrecht hat keine Antworten auf die aktuellen Herausforderungen der Finanzmärkte und der Globalisierung, mehr: Die Finanzmärkte finden ein Arbeitsrecht vor, das ihnen für ihre Transaktionen weit entgegenkommt – unter tatkräftiger Mithilfe durch die Rspr. des BAG, insbes. seines Kündigungsschutz-Senats.

C. Alternativen

I. Allgemeines

1. „There is no alternative“ („TINA-Syndrom“)?

Dem entspricht die verbreitete Auffassung, Globalisierung und Deregulierung der Finanzmärkte seien alternativlos. Dies klingt auch im Bild von den „Heuschrecken“ an, verdrängt aber, daß die Deregulierungen und steuerlichen Privilegierungen zugunsten des Kapitalmarkts, die Öffnungen für riskante Finanzinstrumente keine Naturkatastrophe, sondern politisch gewollt und gesetzgeberisch realisiert worden sind⁴⁶. Was einer bestimmten wirtschaftspolitischen Ideologie folgend dereguliert worden ist – so die optimistische, vielleicht illusionäre Prämisse –, ist gesetzgeberisch auch reregulierbar, gerade wenn die Systemrisiken, die von den Finanzmärkten ausgehen, mittlerweile (im doppelten Wortsinn) unübersehbar geworden sind⁴⁷. Der in düsteren Farben, für manchen oder manche sicher in zu düsteren, skizzierte Zustand um die Zukunft des Arbeitsrechts im Zugriff der Politik der Profite ohne Investitionen ist gleichfalls nicht alternativlos.

Zunächst einige Überlegungen zu Regulierungen im Kapitalmarkt – und Steuerrecht, alsdann sollen arbeitsrechtliche Folgeeregulungen zur Diskussion gestellt werden, und zwar in der Reihenfolge: Autonome Regelungen der Koalitionen in TV, gefolgt von Anregungen zu Postulaten, an die arbeitsgerichtliche Rspr. gerichtet. Beschlossen werden soll dies durch gleichsam „hilfsweise“ Aktivitäten des Ge-

setzgebers, wenn die Koalitionen nichts regeln und die Rspr. weitermacht wie bisher – wofür nicht wenig spricht.

2. Kapitalmarkt- und steuerrechtliche Re-Regulierung erforderlich

Die Steuerungsmechanismen müssen politisch und rechtlich dort ansetzen, wo die Deregulierungen bewirkt worden sind: Durch kapitalmarktrechtliche Reregulierung der Finanzmärkte, durch steuerliche Reformen, die ihre Privilegierungen rückgängig machen⁴⁸. Erste Alternativen und Forderungen liegen auf dem Tisch⁴⁹. Allerdings stellen sich einer effektiven gesetzgeberischen Regulierung erhebliche Probleme. Sie beginnen bei der „Volatilität“ der Finanzinstrumente: Die Fonds haben in Deutschland keinen Sitz, nur eine Handvoll unterliegt dem der Steuerung der Hedge Fonds und (mittelbar) Private Equity Fonds dienenden Investmentgesetz v. 2003.

Zum einen können Schwierigkeiten der Regulierung im Nationalstaat nicht als Grund für Nichtstun hierzulande herhalten. Der deutsche Gesetzgeber kann zum anderen seinen Einfluß zur internationalen wirtschafts-, steuer- und kapitalmarktrechtlichen Regulierung geltend machen, sogar jenseits der EU. Von derartigen Initiativen ist nichts bekannt. Schon für die EU liegen nicht mehr als Überlegungen des Europäischen Parlaments vor⁵⁰. Neben verstärkten rechtspolitischen Initiativen zur internationaler Regulierung (vor allem in der EU) sind nationalstaatliche Re-Regulierungen der „nicht-volatilen“ Produktionsfaktoren vordringlich. Zu diesen zählt vor allem die lokal gebundene Arbeitskraft. Auch insoweit wären aber Illusionen schon wegen der Verkehrsfreiheiten des EUV in ihrer aktuellen Interpretation durch den *EuGH* fehl am Platze.

42 Vgl. z. B. *Kunkel*, NJW 1953, 447; *Kauffmann*, NJW 1953, 1047; *Molitor*, BB 1953, 34 f.

43 *KR-Griebeling*, 8. Aufl. 2007, § 1 KSchG, Rn. 547 ff. m. w. N.; vgl. auch *Däubler*, Unternehmerische Entscheidungsfreiheit und Betriebsverfassung, Schriftenreihe Otto-Brenner-Stiftung, Band 78, 2001, S. 11 (28 f.), kritisch auch *Stein*, KJ 2001, 282 (287 ff.); *ders.*, AuR 2003, 99 (101); *Kühling*, AuR 2003, 92 (94); *ArbG Gelsenkirchen* 28. 10. 97 – 2 Ca 3762/96, AuR 1999, 38 ff., mit Anm. *Däubler*.

44 *Kühling*, aaO. sowie *Bitter*, DB 2000, 1760 (1766) mit einer Antikritik der Lit.; *ders.* DB 1999, 1214 (1215); *Rost*, a. a. O.; S. 83 (87): Der 2. Senat habe bisher nicht entscheiden müssen, ob eine Unternehmerentscheidung, die allein vom Gedanken Gewinnmaximierung – „Shareholder Value“ – bestimmt sei, nicht die Grenzen der unternehmerischen Freiheit übersteige.

45 Vgl. zusammenfassend *Fielig/Gallner/Nägele* (Hrsg.), Kündigungsschutzrecht, 3. Aufl. 2008, § 1 KSchG, Rn. 637 ff. m.w.N.; vgl. zuletzt *BAG* 13.02.2008 – 2 AZR 1041/06.

46 Dazu zählt auch die steuerliche Privilegierung von Anteilsverkäufen, vgl. *Picot*, (Fn 21), S. 95 ff. zu § 8b KStG und die Anerkennung von Private Equity Fonds als vermögensverwaltender Tätigkeit, nicht als gewerblicher, vgl. *Assmann/Schütze*, (Fn. 13), § 26 III. und IV.; *Jarass/Obermair*, (Fn. 10), S. 90 ff.; das BMF-Schreiben v. 16.12.2003 ist aaO., S. 149 ff. abgedruckt; *Weitnauer*, (Fn. 14), S. 44 ff.

47 Die FAZ v. 23. 03. 2008, S. 40 zitiert den Harvard-Ökonomen *Lerner*: „Besorgniserregend ist nicht nur, dass viele von uns diese Risiken nicht verstehen, sondern offenbar viele Chefs der Finanzinstitute auch nicht“. Kern der Krise sei, daß die modernen Finanzprodukte falsch konstruiert seien. Ähnlich falsch seien die Anreize nicht nur bei Krediten an Bauherren, sondern bei vielen modernen Finanzprodukten gesetzt worden.

48 Die Deregulierung der Finanzmärkte geht in der Bundesrepublik wesentlich weiter als in einem Mutterland der Spekulation, den USA, und ebenfalls weiter als in anderen Ländern; vgl. *Jarass/Obermair*, Fn. 10, S. 149 ff. mit einem Überblick über verschiedene Forderungen; Memorandum 2007, S. 174 ff.; Memorandum 2008, S. 204 ff.; BT-Fraktion der GRÜNEN, BT-Drs. 16/7531 sowie der LINKEN, BT-Drs.16/7526; *Huffschmid*, BlfDtintPol 2007, 1331.

49 Vgl. auch SPE-Fraktion im Europäischen Parlament, Draft-Report v. 18.04.2008, 2007/2238 (INI).

50 Vgl. Europäisches Parlament, ebd.

Zwar sind von der EU und vom *EuGH* wichtige Impulse zur Bekämpfung von Diskriminierungen ausgegangen. Ansonsten ist vom europäischen und internationalen Arbeitsrecht im Arbeitnehmer-Interesse aber wenig bis nichts zu erwarten. Die Regeln und Institutionen der ILO gelten rechtlich, sind aber nicht wirksam⁵¹. Die im „Grünbuch“ der Kommission der EU⁵² vorgeschlagene Flexicurity wird zu Recht als Verschleierung kritisiert⁵³. Den drei „apokalyptischen Reitern“, von denen eingangs die Rede war, hat sich jüngst ein vierter hinzugesellt: Der *EuGH* mit seiner Rspr. zu grenzüberschreitenden Arbeitskämpfen und zur Einhaltung von TV bei Ausführung öffentlicher Bauaufträge nach dem niedersächsischen Vergabegesetz⁵⁴. Dies darzulegen müßte einer gesonderten Antrittsvorlesung vorbehalten bleiben.

Arbeitsrechtliche Instrumente zum Schutz der abhängigen Arbeit vor den Finanzmärkten und zur Gestaltung der Arbeitsbeziehungen im finanzmarktgetriebenen Kapitalismus zu schaffen ist Aufgabe der 3 wichtigsten „Normgeber“ für die Arbeitsbeziehungen – der Koalitionen, der arbeitsgerichtlichen Rspr. und des Gesetzgebers. Mit derartigen Erwägungen sind wir noch ganz am Anfang und stehen gegen den „Mainstream“, der allerdings wegen der hohen Krisenanfälligkeit der Finanzmärkte und der von ihnen immer wieder ausgehenden Gefahren für die ökonomische Stabilität des gesamten Wirtschaftssystems Gefolgschaft verliert. Höchste Zeit also, Alternativen ohne Furcht vor Stigmatisierung zu diskutieren.

3. „Selbsthilfearbeitsrecht“ der Koalitionen

Selbsthilfe der Koalitionen durch Schaffung kollektiver Rechtsregeln stand an der Wiege des Arbeitsrechts. Sie hat auch hier und jetzt Vorrang. Dabei gilt es zunächst, überhaupt Verhandlungs- und Vertragspartner sowie die Parteien zu finden, für die kollektive Rechtsregeln gelten sollen – ein schwieriges Geschäft angesichts der Volatilität der grenzüberschreitenden Finanzinstrumente, insofern den Regulierungsproblemen des nationalen Gesetzgebers für Steuern und Wirtschaft ähnlich.

Im nationalen Rahmen liegen tarifvertragliche Kündigungsverbote oder -erschwerungen für Unternehmen unter Einfluß von Hedge Fonds und Private Equity Fonds nahe oder wenn betriebsbedingte Kündigungen in Verfolgung einer Politik der Profite ohne Investitionen oder zur Erhöhung des shareholder value ausgesprochen werden. Auch sind tarifvertragliche Erweiterungen der gesetzlichen Tatbestände der Betriebsänderung über die Spaltung bzw. Verschmelzung des Betriebes hinaus auf die Spaltung oder Verschmelzung des Unternehmens und ein volles Mitbestimmungsrecht des BR beim Interessenausgleich in diesen Fällen erforderlich.

Zu den Instrumenten der Durchsetzung werden auch grenzüberschreitende Boykottaktionen und Arbeitskämpfe, vor allem Unterstützungsarbeitskämpfe in transnationalen Konzernen zählen, deren Ziel es auch sein könnte, den entsolidarisierenden Strategien des Benchmarking tarifvertraglich zu begegnen.

4. Rechtsprechung der Arbeitsgerichte

Es fragt sich, ob insbes. die Rspr. zum Kündigungsschutzrecht in Anbetracht der Herausforderungen weitermachen kann wie bisher. Ein Umsteuern erforderte keinen „Paradigmenwechsel“, vielmehr reicht es, zu Wortlaut und Sinn des Gesetzes, zu einer Interpretation des KSchG, die bis weit in die 50er Jahre hinein die h. M. war, und zu einer Interessen- und Grundrechtsabwägung, die verfassungsrechtlich geboten ist, zurückzukehren. Unterbleibt dies, dürfte vom Kündigungsschutz gegen die Politik der Profite ohne Investitionen nichts übrig bleiben.

a) Rückbesinnung auf Wortlaut und Sinn des § 1 KSchG

Der Gesetzestext des § 1 KSchG spricht nur von betrieblichen Erfordernissen, nicht von Unternehmerentscheidungen. Auch für ein ungeschriebenes (negatives) Tatbestandsmerkmal der Unternehmerentscheidung ist nichts ersichtlich. Den Wortlaut ernst nehmen, heißt betriebliche Gründe auf ihre Dringlichkeit prüfen. Wirtschaftliche Gründe können nur relevant werden, soweit sie unmittelbar, selbst den Arbeitsplatz des Gekündigten entfallen lassen. Insofern bedarf es einer Änderung der Rspr.

b) Interessen- und Grundrechtsabwägung im Kündigungsschutzprozeß

Was folgt, müßte nicht besonders erwähnt werden, in Anbetracht der h. Rspr. versteht es sich aber nicht von selbst. Die Interessenabwägung ist erforderlich – auf der Ebene des KSchG bei der betriebsbedingten Kündigung nicht anders als bei den anderen Kündigungsgründen, bei denen das BAG sie ja auch vornimmt (und dies zu Recht). Verfassungsrechtlich zwingend geboten ist die Abwägung des kollidierenden Grundrechts aus Art. 12 Abs. 1 GG des AG gegen das des AN. Sie ist konkret durchzuführen. Sonst würde der Einfluß der Grundrechte auf die Auslegung und Anwendung einfachen Rechts verkannt⁵⁵. Mit der Notwendigkeit konkreter Abwägung ist die Beschränkung auf eine noch dazu bloß generelle gerichtliche Missbrauchskontrolle⁵⁶ nicht kompatibel. Auch ist falsch, daß das KSchG bereits selbst den Ausgleich der Interessen vorgenommen habe. Die Allgemeinbegriffe des Gesetzes bedürfen der Konkretisierung, der „verfassungsgeleiteten Auslegung“⁵⁷ am Fall.

5. Der nationale Gesetzgeber

Gelingt den Koalitionen keine Regelung von Arbeitsbeziehungen im unmittelbaren oder mittelbaren Kontext der Finanzmärkte und nimmt auch die Rspr. die von ihnen teils potentiell, teils bereits aktuell ausgehenden Gefahren nicht zur Kenntnis oder versprechen Regelungen wegen der Volatilität der Finanzmärkte keinen Erfolg, entsteht Handlungsbedarf für den Gesetzgeber. Auch sind Fehlprognosen oder Fehlentwicklungen zu korrigieren, zumal wenn der Ge-

51 Vgl. *Däubler*, KJ 2006, 343 (Rezension von Hepple, *Labour Laws and Global Trade*, 2005); *ders.*; FS Küttner, 2006, S. 531; vgl. auch *Eylert/Gotthardt*, RdA 2007, 91. *Däubler* aaO. berichtet von erfolgreichen grenzüberschreitenden Aktionen in der Seeschifffahrt. Wegen der Seltenheit solcher Aktionen sei das grenzüberschreitende Arbeitsrecht so unterentwickelt. In Anbetracht der eben skizzierten neuen und dramatischen Herausforderungen könnte und sollte sich dies ändern.

52 „Ein moderneres Arbeitsrecht für die Herausforderungen des 21. Jahrhunderts“ v. 22.11.2006, KOM (2006) 708 endgültig, Dokumentation in AuR 2007, 260 mit krit. Stellungnahmen von EGB und DGB; dazu *Wank*, AuR 2007, 244 ff.

53 *Pfarr*, WSI-Mitteilungen 2007, 416 (418 f.).

54 *EuGH* 11.12.2007. 18.12.2007, AuR 2008, 55 ff.; dazu Schwerpunkttheft AuR 1/2008 mit Beiträgen u. a. v. *Sunnus* und *Kocher*; *EuGH* 3.4.2008 – Rs. C-346/06, Ruffert.

55 BVerfGE 89, S. 276 (285 f.); nach BVerfGE 96, S. 56 (64 f.) müssen die zuständigen staatlichen Organe, und seien es die Gerichte (BVerfGE, aaO., S. 64) durch Auslegung oder Lückenfüllung die Schutzpflichten wahrnehmen. Dafür haben sie erheblichen Gestaltungsspielraum; das BAG unterläßt aber gerade jegliche Auslegung. Das ist verfassungsrechtlich problematisch; vgl. auch BVerfGE 99, S. 185(196); BVerfGE 115, S. 205 (232).

56 *Rost*, a. a. O., S. 86; KR-*Griebeling*, 8. Aufl. 2007, § 1 KSchG, Rn. 521 ff.

57 BVerfGE 96, S. 375 (398): Die Fachgerichte sind von Verfassungs wegen verpflichtet, bei der Auslegung und Anwendung zivilrechtlicher Vorschriften die Grundrechte als „Richtlinien“ zu beachten; *Erk-Dieterich*, 8. Aufl. 2008, GG, Einleitung, Rn. 70 ff.; 80 ff.: verfassungsgeleitete Auslegung; *Dieterich*, AuR 2007, 65 (67 f.).

setzgeber durch die Öffnungen der Kapitalmärkte für finanzmarktgetriebenes Kapital ab 2001 an diesen aktiv beteiligt war⁵⁸.

Tangiert ist die Schutzgebotsfunktion der Grundrechte. Zwar kann Verfassungsrecht Sozialpolitik nicht ersetzen⁵⁹, und auch Wirtschafts- und Steuerpolitik nicht. Bei diesen Materien hat der Gesetzgeber besonders weiten Spielraum⁶⁰. Aber: diesen kann ein handlungsbereiter und -fähiger Gesetzgeber erfolgreich auch gegenüber Arbeitgebergrundrechten aus Art. 12 Abs. 1, 2 Abs. 1 und Art. 14 Abs. 1 GG behaupten⁶¹. Dies entspricht st. Rspr. des *BVerfG*⁶².

Welche Inhalte soll der Gesetzgeber auf den Weg bringen? Aktuell liegt im Entwurf zu einem „Risikobegrenzungsgesetz“ der Vorschlag zu einem Informationsrecht des Wirtschaftsausschusses vor⁶³. Es liegt nahe, eine effektive betriebsverfassungsrechtliche Regelung zu schaffen, auch wenn das einzelne Unternehmen in globalisierungsbedingten Wettbewerb gerät, dem es und mit ihm der auf die einzelwirtschaftliche Logik des Unternehmens beschränkte BR sich nicht entziehen können. Das bloße Informationsrecht reicht dazu bei weitem nicht. Erforderlich ist ein volles Mitbestimmungsrecht in Bezug auf die Veräußerung von Geschäftsanteilen an Hedge Fonds und Private Equity Fonds und zur Spaltung und Verschmelzung des Unternehmens sowie zum Interessenausgleich – eine Forderung, die quer zum gewohnten System der betrieblichen Mitbestimmung in wirtschaftlichen Angelegenheiten liegt und sich damit leicht als utopisch skandalisieren läßt. – Was an ihrer Notwendigkeit und Berechtigung nichts ändert.

Jedenfalls bestehen gegen solche Regelungen in Anbetracht der von den Fonds ausgehenden Gefahren und Risiken keine verfassungsrechtlichen Bedenken aus der Berufsfreiheit des Unternehmens, sprachlich auch zur Unternehmensautonomie geadelt: Für den Öffentlichrechtler ist die folgende Erwägung bare Selbstverständlichkeit; im Arbeitsrecht fehlt es dagegen zuweilen noch am Problembewußtsein. Daher – in aller Kürze: Erneut bedarf es der Abwägung unter Berücksichtigung der Grundrechte der AN aus Art. 12 Abs. 1 GG mit der Berufsfreiheit des Unternehmers/Arbeitgebers und – mehr am Rande – dessen Eigentumsrecht. In diese gehen ein: Die existentiellen Interessen des AN an der Beibehaltung seines Arbeitsplatzes⁶⁴ einerseits; auf der Arbeitgeberseite geht es um den Vollzug von Weisungen zu besserer Kapitalverwertung zugunsten

von Fonds, es geht um Vermögensinteressen ohne die persönlichkeitsbezogene Komponente, die Art. 12 Abs. 1 GG innewohnt. Die möglichst schnelle und große Erhöhung des shareholder value hat weder Persönlichkeitsbezug für Fonds oder ihre Gesellschafter, noch sichert und erhält dies die „Lebensgrundlage“ des AG⁶⁵.

Fazit: Bei der Analyse – wie auch bei der Therapie stehen wir noch ganz am Anfang – was nichts an der Notwendigkeit erster Schritte ändert. Zu diesen ersten Schritten ist zu bemerken: Zu lange habe ich in Tarifverhandlungen gesessen, zu lange gehörte ich dem Kündigungsschutzsenat des *BAG* an, dessen Rspr. ich hier kritisieren musste; zu vielen Betriebsräten habe ich bei der aussichtslos scheinenden Abwehr des Benchmarking und gegen die Anwendung von Instrumenten der Finanzmärkte im Betrieb anwaltlich zur Seite gestanden, um nicht zu wissen: Auch nur wenig von dem durchzusetzen, was ich mit wenigen Strichen hier skizziert habe, erfordert langen Atem, Mut und große Durchsetzungskraft.

Indes: Mit *M. Thatcher* und *G. Schröder*: **TINA – there is no alternative!**

58 *BVerfGE* 92, S. 396 f. zur Koalitionsfreiheit.

59 *Dieterich*, *AuR* 2007, 65 (66).

60 *BVerfGE* 97, S. 169, 176 f. m. w. N. = *AuR* 1998, 207 ff., mit Anm. *Buschmann*, zur Kleinbetriebsklausel des § 23 *KSChG*; vgl. dazu auch *Däubler*, *Schriftenreihe der Otto-Brenner-Stiftung*, Bd. 78, 2001, S. 11 (17 ff.).

61 Vgl. ausführlich *Däubler*, aaO., S. 18 f.

62 Zuletzt *BVerfGE* 116, S. 202.

63 Risikobegrenzungsgesetzesentwurf, BT–Drs. 16/7438 v. 07.12.2007; allerdings fragt sich, ob es in Anbetracht der Dramatik der Situation dabei bleiben kann; vgl. dazu *Thüsing*, *ZIP* 2008, 106, Die Kritik *Thüsing* ist berechtigt. Noch hilfreicher wäre ein Vorschlag, was seiner Meinung nach stattdessen erforderlich wäre – entspr. dem pragmatischen Dictum: „it is better to do something than nothing.“

64 *BVerfGE* 84, S. 133 (146).

65 Auch dies unterscheidet die Interessen der Arbeitgeberseite von der Situation des Unternehmers im Kleinbetrieb, der als AG nicht dem Kündigungsschutz unterliegt. Die differenzierende Sicht wird auch von *Dieterich* vertreten, zuletzt *AuR* 2007, 67 f.