



**Christine Windbichler**

---

## **Hybriden und Mosaiksteine im Zivilrecht**

(Vortrag in der Sitzung der Sozialwissenschaftlichen Klasse am 21. Oktober 1995)

In: Berichte und Abhandlungen / Berlin-Brandenburgische Akademie der Wissenschaften  
(vormals Preußische Akademie der Wissenschaften) ; 2.1996, S. 107-123

Persistent Identifier: [urn:nbn:de:kobv:b4-opus-29383](https://nbn-resolving.org/urn:nbn:de:kobv:b4-opus-29383)

---

Die vorliegende Datei wird Ihnen von der Berlin-Brandenburgischen Akademie der Wissenschaften unter einer Creative Commons Attribution-NonCommercial-ShareAlike 4.0 International (cc by-nc-sa 4.0) Licence zur Verfügung gestellt.



Christine Windbichler

## Hybriden und Mosaiksteine im Zivilrecht

*(Vortrag in der Sitzung der Sozialwissenschaftlichen Klasse am 21. Oktober 1995)*

Die vorliegende Skizze ist ein Werkstattbericht, der nicht ausgereifte Ergebnisse vorstellt, sondern bestimmte Fragestellungen im Zivilrecht zeigen soll, die mit besonderem Gewinn durch Bezüge zu Nachbardisziplinen und zur Rechtspraxis verfolgt werden können. Zur besseren Verständlichkeit erlaube ich mir einige Vorbemerkungen, die den allgemein-zivilrechtlichen Zusammenhang verdeutlichen. Für Juristen sind das Trivialitäten, für die ich um Nachsicht bitte.

### *1 Einige Eigentümlichkeiten des Zivilrechts*

Zunächst ist mir die Unterscheidung zwischen dispositivem und zwingendem Recht wichtig. Im Zivilrecht gibt es beides. Für das Vertragsrecht typisch ist das dispositive Recht; es greift nur ein, wenn und soweit die Parteien nichts anderes vereinbart haben, bildet zugleich aber auch Grundmuster, etwa von Vertragstypen, aus. Zwingende Vorschriften sind typisch für Schutznormen, wie sie im Arbeitsrecht besonders verbreitet sind. Was nützt ein Kündigungsschutzgesetz, wenn seine Geltung vertraglich abbedungen werden kann. Die Betriebsverfassung ist ein zwingend vorgegebenes Organisationsmodell, ebenso die Mindestvoraussetzungen für die Gründung einer juristischen Person, etwa einer Aktiengesellschaft oder Gesellschaft mit beschränkter Haftung. Im Zweifel herrscht jedoch Gestaltungsfreiheit. Insofern kann man die alte Beobachtung, daß Juristen sich ihr Forschungsobjekt selbst herstellen, erweitern: auch die agierenden Privatrechtssubjekte, nicht selten durch Spezialisten der Kautelarjurisprudenz beraten und vertreten, schaffen den Stoff, aus dem unsere Forschungsgegenstände sind.

Ein weiterer Aspekt, den ich für außerordentlich wichtig halte, ist die Funktion des Zivilrechts als Instrumentarium. Fikentscher hat den Markt einmal als

Dialog über Werte bezeichnet.<sup>1</sup> Verständigungsmittel ist dafür die Gestaltung mit Hilfe der Formen des Privatrechts. Daß ich hier nicht einfach „Vertrag“ sage, hat seinen guten Sinn. Denn auch die Auswahl zwischen verschiedenen Gestaltungsmitteln, von denen der Austauschvertrag nur eines ist, stellt einen Markt für diese Gestaltungsmittel her. Warum z. B. ist die GmbH in Deutschland die beliebteste Gesellschaftsform, während sie in der Schweiz kaum vorkommt? In diesem Zusammenhang verwende ich gern das Bild vom Zivilrecht als Werkzeugkiste.

## 2 *Ein Unternehmen kommt selten allein*

Aus dem weiten Feld des Zivilrechts habe ich mir für meine Bemühungen das Gesellschaftsrecht und das Arbeitsrecht herausgesucht, mit besonderem Interesse für den Überschneidungsbereich bei Unternehmensgruppen.<sup>2</sup>

### 2.1 *Gesellschaftsrecht*

Das Gesellschaftsrecht ist ein schönes Beispiel für die Gemengelage von dispositivem und zwingendem Recht. Besonders im Außenverhältnis, d. h. dem Verhältnis der Gesellschaft gegenüber Dritten, finden wir vielfach zwingendes Recht. Bei den juristischen Personen ist das sog. Normativsystem typisch: Ein Gebilde, das Grundanforderungen i. S. eines starren (Mindest-)Gerüsts entspricht, wird in das einschlägige Register eingetragen und erlangt dadurch Rechtsfähigkeit. Im übrigen sind die Gesellschafter mehr oder minder frei, die Verhältnisse untereinander auszugestalten. Gesellschaftsrecht ist ferner gekennzeichnet durch Organisationsrecht, also Kompetenzzuweisungen und Verfahrensregeln im Gegensatz zur Festschreibung von Inhalten. Im Aktiengesetz steht nicht, welcher Teil des Gewinns als Dividende auszuschütten ist, sondern von wem und in welchem Verfahren diese Entscheidung zu treffen ist.

Die rechtlich und wirtschaftlich selbständige Gesellschaft wird im Gesellschaftsrecht und auch in anderen Rechtsgebieten vornehmlich als isolierte Einheit gesehen, die mit anderen in vertragliche oder sonstige Außenbeziehungen tritt.<sup>3</sup> Typischerweise bestehen aber auch erheblich engere Verbin-

1 *Fikentscher*, Wirtschaftsrecht, 1983, Bd. I S. 10.

2 Vgl. *Windbichler*, Arbeitsrecht im Konzern, 1989.

3 *K. Schmidt* Gesellschaftsrecht, 2. Aufl. 1991, § 17 I 1a).

dungen, sei es durch Beteiligungen oder sonstige, satzungsmäßig verankerte Einflußmöglichkeiten, intensive Kooperation, auch über zu diesem Zweck gegründete Unternehmen, oder wirtschaftlich existentielle Angewiesenheit. Dieser rechtstatsächliche Normalfall<sup>4</sup> ist zumindest teilweise Gegenstand des Rechts der Unternehmensverbindungen, das seinerseits systematisch eher Ausnahme oder Sonderfall des Gesellschaftsrechts ist.

Das Aktiengesetz 1965 hat mit seinen Vorschriften über verbundene Unternehmen – auch Konzernrecht genannt – eine Pionierleistung erbracht. Prägend war zunächst das Bild vom hierarchisch organisierten Konzern, mit einer Muttergesellschaft an der Spitze und mehr oder minder geknechteten Töchtern und Enkeln. Das Gesetz nahm bei seiner Schaffung die Perspektive des abhängigen Unternehmens ein, wodurch andere Probleme des Verbunds ausgeblendet blieben.<sup>5</sup> Es stand der Schutz von Gläubigern und Minderheitsaktionären im Vordergrund. Darin lag eine bedeutende Weiterentwicklung gegenüber den älteren Untersuchungen zur Konzerngestaltung,<sup>6</sup> zugleich aber gerieten die umfassenderen Erwägungen zur Unternehmensgruppe aus dem Blickfeld.<sup>7</sup> Die Unternehmensverbindungen wurden hauptsächlich statisch als Zustand gesehen, der bestimmte Schutzvorschriften eingreifen läßt.<sup>8</sup> Neuere Ansätze untersuchen auch die Bedeutung der Gruppenbindung für das herrschende Unternehmen<sup>9</sup> und fragen nach der inneren Organisation der Gruppe. Die Entstehung von Konzernabhängigkeit ist inzwischen intensiv untersucht worden, während die Änderung und Beendigung von Gruppenbindungen noch Stoff für viele Aufsätze, Monographien und Grundsatzurteile bieten.

---

4 *Buxbaum/Hopt*, Legal Harmonization and the Business Enterprise, 1988, S. 187f.; *Druey* in: Lutter (Hg.), Konzernrecht im Ausland, 1994 (ZGR-Sonderheft 11), S. 310, 345, 355f.; *Lutter*, ZGR 1987, S. 324, 332; *U. H. Schneider*, AG 1990, S. 317, 318; *Wiedemann*, Die Unternehmensgruppe im Privatrecht, 1988, S. 6f.; für Aktiengesellschaften *Ordeltz*, BFuP 38 (1986), S. 293, 294ff.; für die grenzüberschreitende Unternehmensorganisation *Lutter* in: Festschrift für Walter Stimpel, 1985, S. 825, 826f.

5 *Assmann* in Großkommentar zum Aktiengesetz, 4. Aufl. 1992, Einl. Rn. 206 a. E.; sehr pointiert *Hommelhoff*, Die Konzernleitungspflicht, 1982, S. 34.

6 *K. Schmidt* (Fn. 3) § 17 I 1b) mwN.

7 *Druey* (Fn. 4) S. 310, 340 m. Fußn. 171: Paradigmenwechsel auf die Neutralisierung einer Gefahrenlage; *Hommelhoff* (Fn. 5) S. 34.

8 *Assmann* (Fn. 5) Einl. Rn. 335: fehlender Konzerneingangsschutz; *Kübler*, Gesellschaftsrecht, 4. Aufl. 1994, § 28 I 6b, c; *Lutter/Timm*, NJW 1982, S. 409, 411.

9 *Z. B. Hommelhoff* (Fn. 5); *Lutter* in: Festschrift Stimpel (Fn. 4); *Timm*, Die Aktiengesellschaft als Konzernspitze, 1980.

Die auftretenden Rechtsfragen sind nicht auf das Gesellschaftsrecht beschränkt. Auch im Kapitalmarktrecht, Kartellrecht, Bilanzrecht, allgemeinen Vertragsrecht etc. steht die Frage an, welche wie definierten Gruppenbindungen rechtliche Konsequenzen haben, bis hin zur Behandlung der verschiedenen Unternehmen als Einheit.

## 2.2 *Arbeitsrecht*

Im Arbeitsrecht finden wir einige Spezialwerkzeuge, nämlich kollektive Regelungen durch Tarifvertrag und im Rahmen der Betriebsverfassung. Es wäre lebensfremd und rechtlich falsch, sich allein auf den Arbeitsvertrag als Gestaltungsmittel zu kaprizieren, weshalb wir ja auch zwischen Arbeitsvertrag und Arbeitsverhältnis unterscheiden.

Des Weiteren geht auch das Arbeitsrecht üblicherweise von einer isolierten Einheit „Arbeitgeber“ aus. Verflechtungen werden daher nur unvollkommen reflektiert. Hervorstechende Ausnahmen sind die Betriebsverfassung und die Unternehmensmitbestimmung in einem doppelten Sinn. Zum einen sind die beiden Regelungen Eigentümlichkeiten des deutschen Rechts. Betriebsverfassungsrecht gibt es vergleichbar noch in Österreich, weniger vergleichbar in den Niederlanden und noch weniger vergleichbar in Frankreich. Die Unternehmensmitbestimmung ist noch eigentümlicher deutsch. Sowohl das Betriebsverfassungsgesetz als auch das Mitbestimmungsgesetz sehen Arbeitnehmerrepräsentation auf Konzernebene vor, sei es durch Bildung eines Konzernbetriebsrates, sei es durch das Wahlrecht von Arbeitnehmern konzernabhängiger Unternehmen zum Aufsichtsrat des herrschenden Unternehmens.

Die oben kurz formulierten Fragen stellen sich auch hier: welche Bindung löst welche Rechtsfolge aus. Die gesetzlichen Regelungen in den Mitbestimmungsvorschriften verweisen auf die Definitionen des Aktiengesetzes, den Unterordnungskonzern.

## 3 *Der Blick über den Zaun*

Die Koordination wirtschaftlicher Prozesse erfolgt, jedenfalls in marktwirtschaftlich orientierten Systemen, zu einem großen Teil durch Austauschverträge. Die Deckung eines Bedarfs, die Sicherung eines Absatzes durch eine Vielzahl von einzelnen Verträgen ist jedoch mühsam. Mit zunehmender Komplexität der Transaktionen und der speziellen Eigenschaften der auszu-

tausenden Güter (Spezifität) wird die Bündelung günstiger. Die wohl bekannteste und intensivste Bündelung ist die Gesellschaft als Unternehmens-träger.<sup>10</sup> Die Akteure koordinieren ihre Zielsetzungen und bündeln ihre Ressourcen,<sup>11</sup> eine ausgetüftelte Hierarchie steuert die Abläufe. Die so geschaffene Einheit tritt wiederum als Partner von Austauschverträgen nach außen auf. Zur Terminologie: Ich meine die Gegenüberstellung von Markt und Hierarchie, juristisch von Vertrag und rechtlicher Organisation des Unternehmens. Bei der Hierarchie in diesem Sinne muß es sich keinesfalls um eine hierarchische Organisation handeln.<sup>12</sup> Die Ähnlichkeiten der wirtschafts- und sozialwissenschaftlichen Einteilungen mit juristischen Handlungs- und Organisationsformen sind nicht zu übersehen, doch fehlt es bisher an einer genauen Ausarbeitung, welche Begriffe in welcher Weise korreliert werden können.

Inzwischen haben zahlreiche Zwischenformen – sog. Hybriden – die Aufmerksamkeit auf sich gezogen. Sie werden als symbiotische oder relationale Verträge, Beziehungsverträge, in komplexerer Form auch als Netzwerke, Vertragsnetze u. ä. bezeichnet.<sup>13</sup> Bekannte Beispiele sind Franchisesysteme, strategische Allianzen und Just-in-time-Arrangements. Sie sind geprägt von gegenseitiger, teils ungleichgewichtiger Abhängigkeit. „Dependent independence“ sowie inhärente Asymmetrie sind plastische Bezeichnungen dafür. Weniger geläufig ist, wie man mit diesen Gebilden umgeht. Die Transaktionskostenanalyse hat sie zunächst außer acht gelassen, dann als „gefährlich“ bezeichnet. Die Anreize zu opportunistischem Verhalten, d. h. zum Ausnützen der Abhängigkeitslagen, sind deutlich zu sehen. Deshalb dürften solche Gebilde eigentlich nicht vorkommen, auf dem Markt für Organisationsformen müßten sie unattraktiv sein. Es gibt sie aber, sie blühen und gedeihen; ihre theoretische Erfassung ist im Gange. Es gibt einen Streit darüber, ob es sich

---

10 Zur Unternehmensdefinition in diesem Sinne *Kirchner*, JNPÖ 3 (1984), S. 223, 230f. m. w. N.

11 Modell der Ressourcenzusammenlegung, *Vanberg*, Markt und Organisation, 1982, S. 10ff.

12 Aus soziologischer Sicht zum monokratisch-hierarchischen und genossenschaftlich-demokratischen Typ als Grundmuster korporativen Handelns *Vanberg* (Fn. 11) S. 19 m. w. N.; ökonomisch wird auch zwischen horizontaler und vertikaler Ressourcenallokation gesprochen.

13 *Buxbaum*, JITE 149 (1993), S. 698; *Hutter/Teubner*, JITE 149 (1993), S. 706; *R. Richter*, Institutionen ökonomisch analysiert, 1994, S. 18ff.; *Schanze*, JITE 149 (1993), S. 691f.; *C. C. von Weizsäcker*, JITE 147 (1991), S. 99, 100f., 108f.

dabei um ein eigenständiges Phänomen<sup>14</sup> handelt oder um Übergänge zwischen den beiden Grundformen<sup>15</sup> etwa dergestalt, daß sich auf einer Geraden am linken Ende der punktuelle Austauschvertrag, am rechten Ende die Hierarchie befinden. Ich halte diesen Streit aus juristischer Sicht für uninteressant, da auch Übergangsformen eigener, ihnen angemessener Regelungen bedürfen. Die rechtliche Erfassung sowohl eigenständiger Gebilde als auch der Abwandlung bekannter Formen wird sich der allgemeinen „Werkzeugkiste“ bedienen und möglicherweise neue Instrumente schmieden müssen.

Hinzu kommt eine weitere Beobachtung. Die säuberlich umgrenzte Einheit „Unternehmung“ franst, nicht zuletzt wegen der hybriden Zusammenarbeitsformen, an den Rändern zunehmend aus. In der Betriebswirtschaftslehre ist schon von der „Auflösung der Unternehmung“ die Rede.<sup>16</sup> Das alles sind zunächst Deskriptionen, die nicht zwischen tatsächlichen und rechtlichen Bindungen unterscheiden.<sup>17</sup> Treffend ist deshalb oft nicht von (relationalen) Verträgen, sondern von „Verhältnissen“ die Rede. Selbst der Begriff Vertrag darf nicht unesehen von wirtschaftswissenschaftlichen Untersuchungen in juristische Erwägungen übernommen werden.

#### 4 *Verwertung der Kirschen aus Nachbars Garten*

Ich betrachte die vorgenannten Ergebnisse aus den Nachbarwissenschaften als wertvolle Vergewisserung in einem größeren Kontext darüber, was eigentlich geschieht. Für Juristen ist das wichtig, weil wir ja in der Regel mit der Lösung einzelner Streitfälle zu tun haben, also sehr punktuell arbeiten. Ganz eindeutig ist das in der Rechtsprechung. Die Gerichte müssen die vorgebrachten Fälle entscheiden, auch wenn der Konflikt eine kautelarjuristische Neuentwicklung

---

14 *Schanze*, Symbiotic Contracts: Exploring Long-Term-Agency Structures Between Contract and Corporation, in: Joerges (Hg.), *Franchising and the Law: Theoretical and Comparative Approaches in Europe and the United States*, 1991, S. 67, 77; *Teubner*, ZHR 154 (1990), S. 295, 307ff.: Steigerungsform.

15 *Köndgen*, in: Ott/Schäfer (Hg.), *Ökonomische Analyse des Unternehmensrechts*, 1993, S. 128, 139, 141, 144f.; *Williamson*, JITE 149 (1993), S. 36, 45, 48 (gleitende Skala).

16 Vgl. etwa *Picot/Reichwald*, *Auflösung der Unternehmung?*, ZfB 1994, S. 547.

17 Die sozialstrukturelle Unterscheidung von Austauschnetzwerken und korporativen Strukturen deckt sich nicht mit der juristischen Unterscheidung zwischen Austauschvertrag und Gesellschaftsvertrag, gewisse Analogien sind aber möglich; *Vanberg* (Fn. 11) S. 110ff.

betrifft, deren Grundstruktur und Risikoverteilung noch nicht untersucht sind. Natürlich ist dann die Neigung groß, das Gebilde einfach in das Raster bekannter Vertragstypen oder Denkmuster, etwa das arbeitsrechtliche Schutzprinzip, zu pressen. Wenn ein atypischer Vertrag in einzelnen Elementen Ähnlichkeiten mit dem wohlbekannten Mietvertrag aufweist, wird er zunächst einmal als Miete behandelt – so geschehen mit Leasingverträgen.<sup>18</sup>

Aufgabe der Rechtswissenschaft ist es, die Zusammenhänge unabhängig vom punktuellen Einzelkonflikt herzustellen und konsistente, realitäts- und interessengerechte Lösungsvorschläge zu erarbeiten. Professoren genießen den Luxus, am Stück nachdenken zu dürfen. Am Rande bemerkt: im Gesellschaftsrecht, aber auch im Arbeitsrecht funktioniert die Kommunikation zwischen Theorie und Praxis recht gut. Bundesrichter, Anwälte und Professoren setzen sich oft genug auf Tagungen und ähnlichen Veranstaltungen zusammen, was allen Beteiligten nützt. In diesem Sinne suche ich nach Erklärungsmustern und rechtlich verwertbaren Strukturbeschreibungen.

#### 4.1 Beispiel: Gesellschaftsrecht

Eine Verwendungsmöglichkeit der Kirschen aus Nachbars Garten sehe ich bei der Definition rechtlich relevanter Unternehmensverbindungen. Das AktG enthält hochentwickelte Definitionsnormen in den §§ 15ff. Dort wird zunächst festgelegt, was unter einer Mehrheitsbeteiligung zu verstehen ist. Liegt eine solche vor, wird widerleglich vermutet, daß das in Mehrheitsbesitz stehende Unternehmen von dem mehrheitlich beteiligten Unternehmen abhängig ist. Von einem abhängigen Unternehmen wird widerleglich vermutet, daß es mit dem herrschenden Unternehmen einen Konzern bildet, d. h. mit diesem unter einheitlicher Leitung zusammengefaßt ist. Streitig ist, welche Sachverhalte außer der Mehrheitsbeteiligung zur Abhängigkeit führen und welche Anforderungen an die Zusammenfassung unter einheitlicher Leitung zu stellen sind.

Gehe ich jetzt von der Gegenüberstellung Markt – Hierarchie oder Vertrag – Organisation und den Zwischenformen aus, ist leicht festzustellen, daß ein Konzern sicher kein punktueller Austauschvertrag zwischen den Unternehmen ist, selbst wenn er als sog. Vertragskonzern durch einen Beherrschungs-

---

18 BGHZ 71, S. 189; wichtig war dort die Einordnung als Kauf oder Miete, die Eigentümlichkeiten eines dritten Vertragstyps (Leasing) wurden erst später entwickelt.

vertrag organisiert ist. Das andere Ende der Skala ist aber auch nicht erreicht. Der Konzern wird zwar manchmal als wirtschaftliche Einheit apostrophiert, eine rechtliche Einheit mit Rechtsfähigkeit und der Möglichkeit, mit Dritten wiederum in Rechtsbeziehungen einzutreten, ist er nicht. Dazu eine einfache Kontrollüberlegung: ein Konzern kann nicht verklagt werden, man kann gegen ihn nicht vollstrecken. Statt dessen muß man sich ein ganz konkretes Unternehmen als Beklagten suchen, das das herrschende, aber auch ein anderes sein kann. Die Vielheit in der neuen Einheit bleibt damit erhalten. Wenn ich mir jetzt die gesetzlichen Standardfälle ansehe – Mehrheitsbeteiligung und die daraus abgeleiteten Folgen –, wird deutlich, daß hier eine Einflußmöglichkeit durch Mitgliedschaft angesprochen ist. Sie besteht gewissermaßen von innen heraus und manifestiert sich in der Macht, den Aufsichtsrat nach gusto zu besetzen, der wiederum den Vorstand bestellt. Daraus folgt, daß Konzerne im Bild jenseits der Mitte nicht in Richtung Austauschvertrag, sondern in Richtung Organisation anzusiedeln sind. Sie haben tendenziell organisationsrechtlichen Charakter. Der Konzern wird als polykorporatives Unternehmen und als Unternehmen ohne Rechtsform bezeichnet, Konzernierung als Verbandsbildungsform zweiten Grades.<sup>19</sup>

Abhängigkeit im technischen, konzernrechtlichen Sinn muß also gesellschaftsrechtlich vermittelt sein. Zum selben Ergebnis, wenn auch mit anderer Begründung, ist schon vor längerer Zeit der Bundesgerichtshof gekommen.<sup>20</sup> Eine weitere Konsequenz ist, daß sich die Zusammenfassung unter einheitlicher Leitung auf das Unternehmen insgesamt beziehen muß. Das bedeutet nicht, daß jede Kleinigkeit außengesteuert sein müßte, sondern daß die unter-

---

19 *Bälz* in: Festschrift für Ludwig Raiser, 1974, S. 287, 320; *Lutter* in: Festschrift Stimpel (Fn. 4) S. 825, 827f. unter Hinweis auf *Ballerstedt*; vgl. *ders.*, ZGR 1987, S. 324, 329; *Assmann* (Fn. 5) Einl. Rn. 124; ähnlich *Druey* (Fn. 4) S. 310, 344f.; vgl. auch schon *Wiethölter*, Interessen und Organisation der Aktiengesellschaft im amerikanischen und deutschen Recht, 1961, S. 1: Der Konzern ... (ist) die Fortsetzung der AG mit anderen Mitteln, aber nicht mehr die AG in der überlieferten Vorstellung; *Rehbinder*, Konzernaußenrecht und allgemeines Privatrecht, 1969, S. 74: Der Konzern als gegliederte Unternehmung ist eine ökonomische und soziologische Realität, S. 79: Konzernspitze als Zuordnungsendpunkt; *ders.*, ZGR 1977, S. 581, 586 mit Bezug auf mehrstufige Unternehmensverbindungen.

20 BGHZ 90, 381, 395f. – BuM; anders teilweise die Literatur, etwa *Nagel/Riess/Theis*, Der Lieferant on line, 1990, S. 71ff.; *dies.*, DB 1989, S. 1505, 1508ff., die nicht hinreichend zwischen Unternehmen und Unternehmensträger unterscheiden; *Buschbeck-Bülow*, BB 1989, S. 352; *Trittin* in: Däubler/Kittner, BetrVG, 4. Aufl. 1994, vor § 54 Rn. 91.

nehmerischen Grundsatzentscheidungen, insbesondere im Finanzierungsreich, koordiniert sein müssen.

Der Konzerntatbestand ist Baustein für bestimmte Haftungsfolgen. Seine Hauptbedeutung nach dem Aktiengesetz war aber zunächst die Pflicht der Obergesellschaft, eine Konzernbilanz aufzustellen. In Umsetzung der EG-Bilanzrichtlinien wurden die Rechnungslegungsvorschriften vereinheitlicht im Handelsgesetzbuch angesiedelt. Dadurch erfolgte eine zumindest teilweise Abkoppelung vom Aktiengesetz, was sich in eigenständigen Begriffsbestimmungen niederschlägt. § 290 Abs. 1 HGB konstatiert zwar immer noch bei Vorliegen eines Konzerns die Verpflichtung, eine konsolidierte Bilanz aufzustellen. Abs. 2 der Vorschrift folgt dann aber dem europäischen Control-Konzept, das die Zusammenfassung unter einheitlicher Leitung nicht erfordert. Sieht man sich die Merkmale dieses Konzepts an, findet man wiederum die bereits bekannte gesellschaftsrechtliche Verankerung in Form der Stimmrechtsmehrheit, des Rechts, die Mehrheit der Mitglieder der Verwaltungsorgane zu besetzen oder Satzungsbestimmungen. Wir bewegen uns also immer noch rechts von der Mitte, haben es tendenziell mit einer eher organisationsrechtlichen als austauschvertraglichen Unternehmensverbindung zu tun.

## 4.2 *Beispiel: Arbeitsrecht*

### 4.2.1 *Der Arbeitsvertrag als Beziehungsvertrag*

Arbeitsverhältnisse werden in der Literatur, soweit eine solche Einordnung überhaupt reflektiert wird, teilweise den Hierarchien zugeordnet. Das hat wohl mit dem Direktionsrecht des Arbeitgebers zu tun, erfaßt den Sachverhalt aber nicht genau und vor allem nicht vollständig, da das Direktionsrecht jedenfalls im deutschen Arbeitsrecht nur einen begrenzten Anwendungsbereich hat. Hier zeigt sich übrigens ein vertracktes Problem, das die wissenschaftliche Arbeit nicht leichter macht. Ökonomische Forschungen gehen meist von den rechtlichen Rahmenbedingungen des eigenen Landes aus. Die aufgestellten Thesen werden dann gelegentlich unreflektiert verallgemeinert und auf Länder mit anderen Normen übertragen. Wenn Sie etwa bei v. Hayek in der „Verfassung der Freiheit“ das Kapitel über Gewerkschaften lesen, müssen Sie das amerikanische Koalitions- und Tarifrecht zur Zeit der Entstehung des Werkes zugrunde legen;<sup>21</sup> es wäre verfehlt, ohne detaillierten Rechtsvergleich

---

21 v. Hayek, *Die Verfassung der Freiheit*, 2. Aufl. 1983, S. 339ff.; die englische Originalausgabe ist 1960 erschienen.

Aussagen über Wesen und Wirkungen von Gewerkschaften in Deutschland oder im allgemeinen daraus herleiten zu wollen.

Der Arbeitsvertrag ist zunächst Austauschbeziehung: Arbeit gegen Lohn. Typisch sind aber auch andere Elemente, vor allem, daß der das Arbeitsverhältnis begründende Vertrag die Beziehung in ihrem Verlauf und in ihrem Bezug auf den betrieblichen Verbund nur rudimentär regeln kann (was kennzeichnend für die Hybriden ist).<sup>22</sup> Wir kennen Ausfüllungs- und Abänderungsmechanismen, versuchen sie dogmatisch einzuordnen, kritisieren und verfeinern sie ständig. Betriebsverfassung und Unternehmensmitbestimmung eröffnen den Weg zur organisatorischen Teilhabe. Beides ist in anderen Ländern, vor allem des angelsächsischen Rechtskreises, kaum bekannt. Wir haben es nicht mit einem arbeitsrechtlichen Problem, sondern mit einer Reihe von arbeitsrechtlichen Lösungen zu tun.<sup>23</sup> Die arbeitsrechtlichen Gestaltungsmittel wurden unter diesem Blickwinkel bisher wenig thematisiert. Die Betriebsverfassung steht als Untersuchungskandidatin ganz vorn.<sup>24</sup> Hier wird in der Form des Vertrages agiert (Betriebsabsprache, Betriebsvereinbarung), dessen Rahmenbedingungen aber organisationsrechtlich geprägt sind: arbeitgeberseitige Vorgaben durch Betriebsorganisation, auf Arbeitnehmerseite gewählte Gremien mit vorab bestimmter Kompetenzzuweisung.

#### 4.2.2 *Umgang des Arbeitsrechts mit Unternehmensgruppen*

Wie schon erwähnt, haben Betriebsverfassung und Unternehmensmitbestimmung den Konzern für sich entdeckt. Es gibt die Möglichkeit, einen Konzernbetriebsrat zu errichten – eine typisch organisationsrechtliche Maßnahme –,

---

22 Behrens, ZfA 1989, S. 209, 224, 226; Reuter, RdA 1991, S. 193, 195f.; ders., ZfA 1993, S. 221, 226ff.; vgl. auch von Stebut in: Festschrift für Rudolf Kissel, 1994, S. 1135; Zöllner in: 25 Jahre Bundesarbeitsgericht, 1979, S. 745.

23 Dementsprechend werden die Arbeitsbeziehungen gelegentlich schon der Organisationsseite zugerechnet; Teubner, KritV 1993, S. 367, 374; auch Coase nach Köndgen, in: Ott/Schäfer (Hg.), Ökonomische Analyse des Unternehmensrechts, 1993, S. 128, 131; dazu Schanze (Fn. 14) S. 77ff., 100 (anderer vertragstheoretischer Ausgangspunkt).

24 Wie hier Schanze (Fn. 14) S. 100: The existing institutions of labor law might serve as guidance for institutional innovation; – Teubner, ZHR 154 (1990), S. 295 berichtet etwa von Franchising-Beiräten. Von einem anderen, historisch-dogmatischen Blickwinkel kommt Reichold, Betriebsverfassung als Sozialprivatrecht, 1995, zu ähnlichen Ergebnissen. Die Betriebsverfassung wird vertragsrechtsakzessorisch aufgefaßt, ihre Aufgabe ist die eines Vertragshelfers für die betrieblichen kollektiven Angelegenheiten (a. a. O., S. 486ff.).

und durch die Zurechnung von Arbeitnehmern anderer Unternehmen zum herrschenden Unternehmen in der Aufsichtsratsmitbestimmung wird der mitbestimmte Aufsichtsrat der Konzernspitze zum „Konzernorgan“. Es gibt also Formen des unternehmerischen Zusammenwirkens von Arbeitgebern, die zwar nicht zur einheitlichen Organisation (Hierarchie, Einheitsunternehmen) führen, die austauschvertragliche Koordination aber eindeutig überschreiten und deshalb auf der arbeitsrechtlichen Seite Organisation nach sich ziehen.

Streitig im Arbeitsrecht ist, in welchem Ausmaß der Verweisung auf den Konzernbegriff des Aktiengesetzes Folge zu leisten ist. So wird etwa behauptet, für Abhängigkeit genüge die rein wirtschaftliche, z. B. durch enge Lieferbeziehungen vermittelte Abhängigkeit;<sup>25</sup> die einheitliche Leitung müsse sich auf Personalfragen erstrecken. Geht man von der organisationsrechtlichen Einordnung des Konzerns aus, ist beides nicht richtig. Eine nicht strukturelle, mitgliedschaftlich vermittelte, sondern auf wenn auch dichte Vertragsbeziehungen aufbauende Abhängigkeit rechtfertigt nicht die Vermutung der Zusammenfassung unter einheitlicher Leitung; die Betriebsverfassung reagiert auf die neue „Einheit“, die sich nicht auf die Zusammenfassung einzelner Bereiche beschränkt, mit der Verfassung der Belegschaften der konzernverbundenen Unternehmen zu einer Konzernbelegschaft. Ob der Konzernsachverhalt praktisch relevant wird, richtet sich nach dessen Organisation im konkreten Einzelfall. Der Konzernbetriebsrat hat dann entweder viele oder wenig Zuständigkeiten, er muß nicht einmal errichtet werden.

Ebenso verhält es sich bei der Unternehmensmitbestimmung. Hier kommt hinzu, daß die Aufsichtsratsbesetzung ja eine gesellschaftsrechtliche Regelung ist, so daß ein Konzernbegriff, der für die Besetzung des mitbestimmten Aufsichtsrats ein anderer ist als für die Berechnung der Höchstzahl der Mandate,<sup>26</sup> besonders mißlich wäre. Zudem gibt es keine nach Geschäftsbereichen, etwa Personal und Soziales, differenzierte Aufsichtsratszuständigkeit.

---

25 *Selzner*, Betriebsverfassungsrechtliche Mitbestimmung in Franchise-Systemen, 1994, S. 114, 116.

26 § 100 Abs. 2 AktG: Mitglied des Aufsichtsrats kann nicht sein, wer 1. bereits in zehn Handelsgesellschaften ..., die gesetzlich einen Aufsichtsrat zu bilden haben, Aufsichtsratsmitglied ist ... Auf die Höchstzahl nach Satz 1 Nr. 1 sind bis zu fünf Aufsichtsratssitze nicht anzurechnen, die ein gesetzlicher Vertreter ... des herrschenden Unternehmens eines Konzerns in zum Konzern gehörenden Handelsgesellschaften ... inne hat.

## 5 *Ausblick*

Die vorgestellten Beispiele illustrieren, wie bereits bekannte Lösungen für Streitfragen Plausibilität gewinnen. Im Arbeitsrecht ist das besonders wichtig, weil das Erklärungsmuster „Interessenvertreter“ immer naheliegt, je nachdem ob die gefundene Lösung den Arbeitnehmern oder Arbeitgebern gefällt, und den juristischen Diskurs erschwert. Nun will ich einige Ansätze vorstellen, wie man meine Perspektive für zukünftige Entwicklungen fruchtbar machen kann.

### 5.1 *Das typisierte Kriterienmosaik*

Im Gesellschaftsrecht und dem damit eng verknüpften Bilanzrecht und Kapitalmarktrecht ist eine Europäisierung im Gange, die sich nicht auf Richtlinien und deren Umsetzung in nationales Recht beschränkt. Im Sinne der Entstehung eines europäischen Privatrechts erscheint es naheliegend, einen typisierten Kriterienkatalog für rechtlich relevante Unternehmensverbindungen zu entwickeln, der sich auf die Erfahrungen und Normen aller europäischen Rechtsordnungen stützt. In diesem Kontext steht die deutsche „Zusammenfassung unter einheitlicher Leitung“ ziemlich einsam da, das sog. control-Konzept setzt sich zunehmend durch. Es beschreibt, wie oben skizziert, eine strukturbetonte, gesellschaftsrechtlich vermittelte Abhängigkeitsbeziehung. Die Herrschaftsmöglichkeit genügt, während die Umsetzung dieser Herrschaft in einer bestimmten Weise nicht verlangt wird (Potentialität v. Aktualität). Für die meisten Zurechnungsfragen dürfte diese Art der Unternehmensverbindung genügen. Ein Mosaikstein ist demnach die Stimmenmehrheit, ein anderer die Organbesetzungsbefugnis usw. Die einheitliche Leitung ist auch einer, aber eben ein seltener.

### 5.2 *Die neuen Vertragstypen*

Ferner wird deutlich, daß es nicht sinnvoll wäre, die neuen Erscheinungen wie Franchise-Systeme, Just-in-time-Arrangements, Single-sourcing etc. unter den Konzernbegriff pressen zu wollen. Im Arbeitsrecht geschieht das gelegentlich,<sup>27</sup> wofür zwei Gründe anzuführen sind. Zum einen besteht hier das genannte Problem des Entscheidungszwanges im Gerichtsverfahren. Der

---

27 Z. B. Selzner (Fn. 25), S. 114, 116.

Richter ist kaum in der Lage, Neuentwicklungen wirklich zu analysieren, zumal wenn die Parteien ihm dazu nichts Brauchbares vortragen. Daher besteht die Neigung, nach altbekannten Mustern zu verfahren.<sup>28</sup> Die zweite Erklärung ist die Furcht, eine Partei in eine Art Niemandsland schicken zu müssen. Rechtsfortbildung durch die Gerichte erfolgt notgedrungen anhand der „kranken“ Fälle, nicht der funktionierenden Beziehungen. Da steht nun der Franchisenehmer, der seine gesamten Ersparnisse in den Sand gesetzt, sich möglicherweise darüber hinaus noch verschuldet hat, mit einer ihm „großzügig“ zugestandenem Kündigung, nachdem sich das „System“ eines Franchisegebers, der alle Register der Vertragsgestaltung gezogen hat, als völlig untauglich herausgestellt hat.<sup>29</sup> Ein Landesarbeitsgericht hat einen benachteiligten Vertragspartner kurzerhand zum Arbeitnehmer erklärt, um ihm zum Schutz des Arbeitsrechts zu verhelfen.<sup>30</sup>

Ähnliches wird für die Betriebsverfassung versucht. Weil beispielsweise die Mitbestimmung bei der Lage der Betriebsferien beim Zulieferer leerzulaufen droht, wenn dieser sich sowieso nach dem Automobilhersteller richten muß, wird versucht, beide unter ein Konzerndach zu schieben, damit im Konzernbetriebsrat auch die Belegschaft des Zulieferers repräsentiert ist. Falsch ist daran der Alles-oder-Nichts-Ansatz, d. h. die Vorstellung der Entlassung des Franchisenehmers, so er nicht Arbeitnehmer ist, in die frühkapitalistische Freiheit des freien Fuchses im freien Hühnerstall.

Wenn wir eine klare Vorstellung davon haben, welche Probleme bei relationalen Verträgen auftauchen und wie diese im Streitfall zu lösen sind, sei es durch entsprechende ergänzende Auslegung der Verträge, sei es durch Kontrollmechanismen ähnlich § 9 AGBG,<sup>31</sup> ist das Szenario gleich weniger dramatisch. In die Entwicklung solcher neuer Leitbilder etwa für den Franchise-

---

28 Vgl. *Spindler*, JITE 149 (1993), S. 756, 757: “The neglect in economic analysis of comparing neighboring institutions corresponds with the problems of lawyers in coping with and qualifying hybrid contracts according to corporation, contractual, and labor law.”

29 OLG München, NJW 1986, S. 1880 (Schneeballsystem).

30 LAG Düsseldorf, NJW 1988, S. 725.

31 Gesetz zur Regelung des Rechts der Allgemeinen Geschäftsbedingungen; § 9 verbietet eine unangemessene Benachteiligung durch Allgemeine Geschäftsbedingungen, die im Zweifel anzunehmen ist, wenn eine Bestimmung „1. mit wesentlichen Grundgedanken der gesetzlichen Regelung, von der abgewichen wird, nicht zu vereinbaren ist, oder 2. wesentliche Rechte oder Pflichten, die sich aus der Natur des Vertrages ergeben, so einschränkt, daß die Erreichung des Vertragszwecks gefährdet ist.“

vertrag,<sup>32</sup> das Just-in-time-Liefersystem etc. dürfen und sollen ökonomische Erkenntnisse über Hostage-taking, Opportunismusrisiken, sunk costs etc. einfließen. Die juristische Erfahrung ist überdies so schwächlich auch nicht. Im deutschen Recht ist etwa die Figur des Dauerrechtsverhältnisses wohlbekannt und differenziert beschrieben, während das amerikanische Vertragsrecht viel stärker vom punktuellen Austauschvertrag ausgeht und erst die modernere Vertragstheorie die unvollständigen und insgesamt komplexeren Beziehungen entdeckt.<sup>33</sup> Zu den rechtlichen Erfahrungen gehört meines Erachtens auch die Betriebsverfassung, die jedenfalls nach meiner These eine organisierte Form der Handhabung ihrer Natur nach unvollständiger Verträge darstellt.<sup>34</sup> Sie könnte als Muster dienen für freiwillige, auf vertraglicher Basis begründete Zusammenschlüsse von Franchisenehmern, die so ihre Interessen gegenüber dem Franchisegeber artikulieren. In der Praxis kommen solche Gruppierungen vor, ihre rechtssystematische Bedeutung ist bislang kaum untersucht.<sup>35</sup> Dazu gehört auch ihre kartellrechtliche Einordnung.<sup>36</sup> Gelingt es, für die „Hybriden“ ebenso ausgewogene und flexible Muster wie für den Kaufvertrag zu finden, besteht kein Anreiz mehr, einen Franchisenehmer in einen Arbeitnehmer oder ein Vertragsnetz in einen Konzern umzustilisieren.

### 5.3 Die neuen Mitbestimmungsformen

Aus der Ablehnung, die „Hybriden“ unter den Konzernbegriff zu subsumieren, folgt nicht notwendig, daß rechtlich die Bindungen der einzelnen Gruppenmitglieder ignoriert werden müßten. Das unterstellt zumeist der jetzige Ansatz im Arbeitsrecht.

---

32 Vgl. *Ekkenga*, Die Inhaltskontrolle von Franchiseverträgen, 1990, S. 76ff.: Vertragszweckanalyse ohne Bindung an Vertragstypen des dispositiven Rechts.

33 *M. A. Eisenberg*, The Limits of Cognition and the Limits of Contract, 47 Stanford L. Rev. (1995), S. 211; *ders.*, Relational Contracts, in: *Beatson/Friedman* (Hg.), Good Faith and Fault in Contract Law, Oxford 1995, S. 291.

34 Ähnlich *Reichhold* (Fn. 24).

35 *Teubner*, ZHR 154 (1990), S. 295 berichtet von Franchising-Beiräten. Das Modell scheint Verbreitung zu finden; vgl. etwa die Anzeige in DIE ZEIT Nr. 44 vom 27. Oktober 1995, S. 9: „Der regelmäßige Erfahrungsaustausch zwischen den Franchise-Partnern und der Zentrale wird intensiviert durch den ‚Franchise-Partnerbeirat‘.“

36 Vgl. EuGH NJW 1886, S. 1415 – Pronuptia; *Emmerich* in: *Immenga/Mestmäcker*, GWB, 2. Aufl. 1992, § 15 Rn. 35f.

Ein Modell, daß zunächst auf freiwilliger Basis – etwa eines Tarifvertrags – getestet werden sollte, habe ich in der Richtlinie über die Einsetzung Europäischer Betriebsräte<sup>37</sup> gefunden. Dort ist der Aufgreifatabestand auf Unternehmensseite nicht der „Konzern“ im Sinne des deutschen Aktienrechts, sondern die Unternehmensgruppe nach dem Control-Konzept. Daß die Richtlinie über die Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Bauaufträge für die verwendeten Definitionen Pate gestanden habe,<sup>38</sup> bezeichnet nichts weiter als den zum Abschreiben verwendeten Text. Für die Umschreibung einer Ausnahme verwendet die Richtlinie keine eigene Formulierung, sondern verweist auf die Zusammenschlußkontrollverordnung, also EG-Kartellrecht. Hier finde ich Steinchen meines Kriterienmosaiks. Ist der Aufgreifatabestand „gemeinschaftsweit operierende Unternehmensgruppe“ gegeben, ist entweder ein Europäischer Betriebsrat zu bilden oder aber ein Verfahren zur Unterrichtung und Anhörung der Arbeitnehmer zu schaffen. In jedem Falle muß ein besonderes Verhandlungsgremium<sup>39</sup> zur Repräsentation der in der Gruppe beschäftigten Arbeitnehmer eingesetzt werden. Kommt es zu keiner Vereinbarung, werden subsidiär die Rechtsvorschriften des Sitzlandes der maßgebenden zentralen Leitung angewandt. Vorrang haben existierende Vereinbarungen, die vor dem 22. September 1996 abgeschlossen wurden. Die Zuständigkeiten des Europäischen Betriebsrats beschränken sich auf die Information und Konsultation über Angelegenheiten, die mindestens zwei Betriebe in verschiedenen Mitgliedsstaaten betreffen. Einmal jährlich tritt der Europäische Betriebsrat mit der zentralen Leitung zusammen, die auf der Grundlage eines vorzulegenden Berichtes über die Entwicklung der Geschäftslage und die Perspektiven der Gruppe unterrichtet. In einem Themenkatalog sind beispielhaft aufgeführt: die Struktur des Unternehmens (durch Auslegung zu ergänzen ist wohl jeweils „Gruppe“), die wirtschaftliche und finanzielle Situation, die voraussichtliche Entwicklung der Geschäfts-, Produktions- und Absatzlage sowie die Beschäftigungslage und ihre voraussichtliche Entwicklung, Investitionen, grundlegende Änderungen der Organisation, die Einführung neuer Arbeits- und Fertigungsverfahren, Verlagerungen der Produktion, Fusionen,

---

37 Richtlinie des Rates vom 22. September 1994 über die Einsetzung eines Europäischen Betriebsrats oder die Schaffung eines Verfahrens zur Unterrichtung und Anhörung der Arbeitnehmer in gemeinschaftsweit operierenden Unternehmen und Unternehmensgruppen, ABl. EG L 254/64 vom 30. September 1994.

38 Baukoordinierungsrichtlinie vom 26. Juli 1971 RL 71/305/EWG; *Blanpain/Windey*, European Works Councils, 1994, S. 68.

39 Nach Maßgabe des Art. 5 der Richtlinie (Fn. 37).

Verkleinerungen oder Schließung von Unternehmen, Betrieben oder wichtigen Teilen dieser Einheiten und Massenentlassungen (Anh. nach Art. 7 Nr. 2). Ein Unterrichtsrecht besteht ferner, wenn außergewöhnliche Umstände erhebliche Auswirkungen auf Arbeitnehmerinteressen haben. Der engere Ausschuß des europäischen Betriebsrates, bestehend aus drei Personen, hat das Antragsrecht; teilnahmeberechtigt sind auch die Mitglieder des EBR, die aus den betroffenen Unternehmen kommen.

Aus meiner Perspektive interessant an diesem Modell ist, daß die Unternehmensgruppe tendenziell organisationsrechtlich definiert ist, jedoch unterhalb der Konzernschwelle bleibt. Mit Rücksicht auf diese geringere Verdichtung und mit Rücksicht darauf, daß den meisten Mitgliedstaaten echte Mitbestimmungsrechte ohnehin fremd sind, werden flexible Lösungen über reine Verfahrensansätze bis zur Konstituierung eines Gremiums angeboten. Die Befugnisse bleiben im Rahmen der Information und Konsultation. Ihre Funktion ist es, die Wahrnehmung der nach nationalem Recht gegebenen Möglichkeiten zu erleichtern.

Übertragen auf Unternehmensgruppen, die weniger strukturell verfestigt und eher den Vertragsnetzen oder Hybriden zuzuordnen sind, könnten die Betriebsräte der Mitgliedsunternehmen ein Verhandlungsgremium, eine Arbeitsgruppe o. ä. bilden. Rechtliche Grundlage könnte ein Tarifvertrag sein. Sämtliche Gruppenmitglieder müßten ihr Einverständnis mit dem System erklären. Das kann in der Form erfolgen, daß der Franchisegeber eine entsprechende Klausel von Anfang an in die Franchiseverträge aufnimmt oder, bei nachträglicher Einführung, ein Ratifizierungsverfahren durchführt.<sup>40</sup>

Um zum Ausgangspunkt zurückzukehren: Was ich hier vorgestellt habe, ist einerseits Umgang mit vorhandenen Werkzeugen, wenn auch in ungewohnter Art, andererseits ein Entwurf für neue Werkzeuge bzw. neue Varianten. Auch will ich die rechtspolitische Komponente nicht verschweigen, soll Zivilrecht doch die Organisation wirtschaftlicher Prozesse erleichtern. Je besser in Netzwerke eingebundene Unternehmen gegen Ausbeutung ihrer (asymmetrischen) Abhängigkeit (jetzt nicht im aktienrechtlichen Sinn) geschützt sind, desto weniger besteht aus der Sicht des Arbeitsrechts ein Bedarf, auf die „Abhängigkeit“ solcher Arbeitgeber besonders zu reagieren. Entsprechendes gilt für die beschriebene Umqualifizierung scheinselfständiger Unternehmer in Arbeitnehmer. Es gilt also, nicht weitere Regulierung einzuführen, sondern

---

40 Vgl. die Vereinbarung von BULL S.A. France und BULL Europe (1992), abgedruckt bei *Blanpain/Windey* (Fn. 38) S. 203, 206.

eine Gefahr zusätzlicher Regulierung abzuwehren. Das Mittel dazu ist dispositives Recht: Den Betroffenen werden Modelle zur Verfügung gestellt, die die Probleme brauchbar lösen. Diese Modelle dienen zugleich als Ergänzungs- und Kontrollmaßstab für die Rechtsprechung, die Konflikte damit besser als mit den herkömmlichen Instrumenten lösen kann. Über zwingende Mindestvorschriften sollte man erst nach längeren Erfahrungen sprechen, etwa dem Muster des Bundesurlaubsgesetzes von 1963 folgend. Dort hat der Gesetzgeber kodifiziert, was die Tarifparteien über viele Jahre in vielen Tarifverträgen ausgearbeitet haben. Die Rechtswissenschaft hingegen ist aufgerufen, die vorhandenen Werkzeuge zur Bewältigung von Ungleichgewichtslagen bei „Hybriden“ und zur Ausfüllung unvollständiger Verträge dieses Typs genauer zu beschreiben und fortzuentwickeln.