

Auslöser Frankreich: Konzernbezug bei Kündigungen im deutschen Recht

Konzernholding als (Mit-)Arbeitgeber?

**Axel A. Heltzel**

ist Rechtsanwalt und Fachanwalt für Arbeitsrecht bei der MLawGroup, München.

**Manfred Schmid**

ist Rechtsanwalt und Fachanwalt für Arbeitsrecht. Er leitet die Praxisgruppe Arbeitsrecht der MLawGroup, München.

Mit Urteil vom 18.1.2011 hat das oberste französische Gericht eine deutsche Konzernholding neben der französischen Tochtergesellschaft als „Mit-Arbeitgeber“ angesehen und so Ansprüche der französischen Arbeitnehmer unmittelbar gegen die deutsche Konzernmutter zugelassen. Dies soll Anlass sein, sich mit Fragen des deutschen Konzernarbeitsrechts auseinanderzusetzen.

1 Ausgangslage: Das Urteil des Französischen Kassationshofs

In der Entscheidung (09-69199) stellte der Kassationshof (Cour de Cassation) im Rahmen eines Revisionsverfahrens (Vorinstanz: Cour d'Appel de Paris) fest, dass eine deutsche Finanzholding als „weiterer Arbeitgeber“ („co-employeur“) von französischen Arbeitnehmern anzusehen ist, die bei einer französischen Tochtergesellschaft der Holding angestellt waren. Daher konnten die Mitarbeiter der französischen Tochtergesellschaft, denen die Schließung des Betriebs drohte, direkt gegenüber der deutschen Konzernholding geltend machen, dass Arbeitsverhältnisse mit ihr bestehen. Diesem Urteil ist inzwischen ein französisches Instanzgericht gefolgt. Folgende Voraussetzungen müssen für eine (Mit-)Arbeitgeberschaft einer Konzernholding nach der Entscheidung des Kassationshofs vorliegen:

Übersicht 1

(Mit-)Arbeitgeberschaft in Frankreich

Voraussetzungen für eine (Mit-)Arbeitgeberschaft einer Konzernholding laut französischem Kassationshof:

- Die wirtschaftlichen Aktivitäten („l'activité économique“) der Tochtergesellschaft kommen fast vollständig dem Konzern zugute.
- Der Konzern hält so viele Anteile am Tochterunternehmen, dass er es (fast) vollständig beherrscht („quasi-totalité de son capital“).
- Es besteht eine gemeinsame Personalführung („gestion commune du personnel“) unter Aufsicht („autorité“) der Holding.
- Die Holding diktiert die Strategie der Tochtergesellschaft („qu'elle dictait ses choix stratégiques“).
- Die Tochtergesellschaft hat keinerlei Möglichkeit, autonom zu handeln.

Wichtig

Rechtskräftige Urteile französischer Gerichte können gemäß der Verordnung über die gerichtliche Zuständigkeit und die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen (EuGVVO) in Deutschland vollstreckt werden.

Das Urteil des Kassationshofs hat daher nicht unerhebliche Auswirkungen auf deutsche Konzernobergesellschaften. Diese müssen sich mit der Frage auseinandersetzen, ob sie zu einem (Mit-)Arbeitgeber der Arbeitnehmer von französischen Tochtergesellschaften werden, auch wenn regelmäßig formal keinerlei arbeitsrechtliche Beziehungen zwischen ihnen und den Mitarbeitern der französischen Tochtergesellschaft bestehen.

2 Lage in Deutschland: Wer ist Arbeitgeber im Konzern?

Arbeitgeber ist, wer einen oder mehrere Arbeitnehmer beschäftigt. Nur der Arbeitgeber kann seinen Mitarbeitern kündigen. Diese haben grundsätzlich nur ihm gegenüber Ansprüche aus dem Arbeitsverhältnis, bspw. auf Beschäftigung. Arbeitgeber ist dabei ausschließlich der Vertragsarbeitgeber. Hiervon gibt es im Konzern jedoch Ausnahmen:

- Aufgrund entsprechender vertraglicher Beziehungen kann mit zwei (oder mehreren) rechtlich selbstständigen Unternehmen ein (einheitliches) Arbeitsverhältnis bestehen. Voraussetzung ist jedoch ein konkreter Anhaltspunkt, dass die mit den jeweiligen Unternehmen getroffenen Vereinbarungen des Arbeitnehmers „miteinander stehen und fallen“ sollen. Des Weiteren müssen die Leistungen des Mitarbeiters (also seine Arbeit) sowie die Leistungen der Arbeitgeber (Lohnzahlungen) Teil eines Gesamtgeschäfts sein. Ist danach ein einheitliches Arbeitsverhältnis zu zwei Arbeitgebern gegeben, müssen auch beide dem Beschäftigten kündigen.
- Neben dem einheitlichen Arbeitsverhältnis können zwei (oder mehrere) Arbeitsverhältnisse des Arbeitnehmers mit verschiedenen Konzernunternehmen bestehen. Ein solches Doppelarbeitsverhältnis ist der typische Fall bei einer Arbeitnehmerentsendung.

Wichtig

Kein weiteres Arbeitsverhältnis (und damit keinen weiteren Arbeitgeber) für den Mitarbeiter begründet dagegen die Konzernleihe. Hier bleibt Vertragsarbeitgeber allein das einstellende Unternehmen, auch wenn das im Konzern entleihende Unternehmen die Arbeitsleistung des Beschäftigten fordern kann.

3 Kündigungsschutz und Konzernbezug

Grundsätzlich kennt das deutsche Kündigungsschutzrecht keinen Konzernbezug (u. a. BAG, Urt. v. 23.3.2006 – 2 AZR 162/05, AuA 2/07, S. 118). Kommt es zu einer betriebsbedingten Kündigung, ist diese nur wirksam, wenn der Arbeitgeber den Arbeitnehmer nicht weiterbeschäftigen kann und die Sozialauswahl zu seinen Ungunsten ausfällt, § 1 Abs. 2 KSchG. Gibt es dagegen im Unternehmen freie Arbeitsplätze und ist der Mitarbeiter geeignet, die damit verbundenen Aufgaben zu erfüllen – selbst wenn er dafür eine mehrmonatige Einarbeitungszeit benötigt –, muss der Arbeitgeber ihm diese anbieten und i. d. R. vor Ausspruch einer betriebsbedingten Beendigungskündigung auch mittels Änderungskündigung zuweisen, vgl. auch Shipton/Wiese, AuA 11/11, S. 646 ff. Bei der Prüfung, ob es freie Stellen gibt, ist nicht nur auf den Beschäftigungsbetrieb, sondern auf alle weiteren Betriebe des Unternehmens abzustellen. Andere Konzernunternehmen sind dagegen grundsätzlich nicht mit ein-zubeziehen. Allerdings bestehen Ausnahmen:

■ Arbeitsverhältnis weist Konzernbezug auf

Konzernweite Weiterbeschäftigungsmöglichkeiten sind ausnahmsweise zu berücksichtigen, wenn das Arbeitsverhältnis einen Konzernbezug aufweist. Das ist der Fall, wenn der Arbeitnehmer eingestellt wurde, um Aufgaben konzernweit für verschiedene Unternehmen zu erbringen. Hier erstreckt sich die Prüfung der Weiterbeschäftigungsmöglichkeit auf alle Konzernarbeitgeber.

■ Konzernversetzungsklausel

Auch aufgrund einer bestehenden Konzernversetzungsklausel im Arbeitsvertrag, s. **Muster**, kann sich ein Konzernbezug bei der Prüfung einer Weiterbeschäftigungsmöglichkeit ergeben.

Muster

Konzernversetzungsklausel innerhalb Deutschlands

„Der Arbeitgeber behält sich vor, den Mitarbeiter nach billigem Ermessen an einen anderen, seiner Vorbildung und seinen Fähigkeiten entsprechenden Arbeitsplatz innerhalb der Bundesrepublik Deutschland (auch bei einem anderen Unternehmen, das dem Konzern angehört) bei gleicher Vergütung zeitweise oder dauerhaft zu versetzen. Die persönlichen und sozialen Belange des Mitarbeiters sind zu berücksichtigen.“

Zwar ist auch bei einer Konzernversetzungsklausel grundsätzlich nur eine Weiterbeschäftigungsmöglichkeit im Unternehmen des Vertragsarbeitgebers zu prüfen. Laut BAG muss der Vertragsarbeitgeber die Prüfung jedoch auf konzernangehörige Unternehmen ausdehnen, wenn

- dort ein freier Arbeitsplatz vorhanden ist, auf dem der Arbeitnehmer unter Berücksichtigung seiner Vorbildung und seiner Fähigkeiten eingesetzt werden kann,
- der Vertragsarbeitgeber einen bestimmenden Einfluss auf das andere Konzernunternehmen ausüben kann und
- das andere Konzernunternehmen zur Übernahme bereit ist.

Die Grundlage des bestimmenden Einflusses des Vertragsarbeitgebers auf das andere Konzernunternehmen kann nach dem BAG rechtlicher oder rein faktischer Natur sein, z. B. aufgrund eines Beherrschungsvertrags oder weil die Geschäftsführung der Konzernunternehmen identisch ist. Liegen die Voraussetzungen vor, hat der Mitarbeiter gegenüber seinem Vertragsarbeitgeber einen Anspruch darauf, dass er ihm einen Arbeitsvertrag mit dem anderen konzernangehörigen Unternehmen verschafft.

■ Vertrauenstatbestand

Schließlich kann sich im Einzelfall ein Konzernbezug des Arbeitsverhältnisses ergeben, wenn ein anderes Konzernunternehmen einen Vertrauenstatbestand geschaffen hat. Hierfür bedarf es eines Zeit- und eines Umstandsmoments. Zu fragen ist also, wie lange der Arbeitnehmer für das andere Konzernunternehmen tätig war. Er muss zudem ein schutzwürdiges Vertrauen besitzen, dass das andere Konzernunternehmen als sein (zusätzlicher) Arbeitgeber entsteht. Dies ist nicht der Fall, wenn er weiß, dass sein Vertragsarbeitgeber keinen bestimmenden Einfluss gegenüber dem anderen Konzernunternehmen ausübt.

4 Gemeinschaftsbetrieb

Ein konzernbezogener Kündigungsschutz kann auch bestehen, wenn mehrere Unternehmen eines Konzernverbunds einen Gemeinschaftsbetrieb gegründet haben.

Definition

Gemeinschaftsbetrieb

Ein Gemeinschaftsbetrieb liegt vor, wenn

- in gemeinsamen Räumlichkeiten
- Betriebsmittel und Arbeitnehmer verschiedener Unternehmen zusammengefasst sind und
- sie durch ein einheitliches Management gesteuert werden, das gerade auch personelle und soziale Angelegenheiten regelt (einheitlicher betriebsbezogener Leitungsapparat).

Ein Gemeinschaftsbetrieb stellt einen einheitlichen Betrieb im kündigungsrechtlichen Sinne dar. Bei einer betriebsbedingten Kündigung sind also Arbeitnehmer verschiedener Unternehmen in die Sozialauswahl einzubeziehen. Obwohl ein gemeinsamer Betrieb mehrerer Unternehmen im Rahmen eines Konzerns in der Praxis nicht selten ist, rechtfertigt allerdings die bloße Konzernzugehörigkeit allein noch nicht die Annahme eines Gemeinschaftsbetriebs i. S. d. KSchG (BAG, Urt. v. 13.6.2002 – 2 AZR 327/01). Nach dem BAG reicht es insbesondere nicht aus, wenn die Konzernholding aufgrund ihrer konzernrechtlichen Leitungsmacht gegenüber den Geschäftsleitungen der Tochtergesellschaften in bestimmten Bereichen Anordnungen treffen kann.

Info

Kündigungsschutz und Auslandsbezug

Nach § 23 KSchG muss ein Betrieb mehr als zehn Vollzeitarbeitnehmer oder die entsprechende Anzahl Teilzeitarbeitnehmer beschäftigen, damit das KSchG Anwendung findet. Nach ständiger Rechtsprechung des BAG (u. a. BAG, Urt. v. 17.1.2008 – 2 AZR 902/06) kommt es bei der Berechnung nur auf Betriebe an, die im Gebiet der Bundesrepublik Deutschland liegen. Arbeitnehmer, die in ausländischen Betrieben tätig sind, zählen grundsätzlich nicht mit.

5 Betriebsänderung: Anwendbarkeit der §§ 111 ff. BetrVG

Ein Konzern besteht aus mehreren rechtlich selbstständigen Unternehmen, die selbst wiederum

- verschiedene Betriebe i. S. d. § 1 Abs. 1 BetrVG oder
- gemeinsame Betriebe mehrerer Unternehmen gem. § 1 Abs. 2 BetrVG

beinhalten können. Die Abgrenzung ist erforderlich, um zu prüfen, ob Maßnahmen zu einer Betriebsänderung i. S. d. § 111 BetrVG führen, s. **Übersicht 2**, und wer in diesem Fall der zuständige Gesprächspartner für die Interessenausgleichs- und Sozialplanverhandlungen ist – Betriebsrat, Gesamtbetriebsrat oder Konzernbetriebsrat, vgl. dazu auch Albicker, AuA 8/11, S. 459 ff.

Übersicht 2

Interessenausgleichs- und Sozialplanpflicht

Voraussetzungen für eine Interessenausgleichs- und Sozialplanpflicht sind gem. § 111 BetrVG:

- › Unternehmen mit i. d. R. mehr als 20 wahlberechtigten (§ 7 Satz 1 BetrVG: ab Vollendung des 18. Lebensjahrs) Arbeitnehmern sowie
- › eine Betriebsänderung, die wesentliche Nachteile für die Belegschaft oder erhebliche Teile davon zur Folge haben kann. Dies ist immer gegeben bei den in § 111 Nr. 1 bis 5 BetrVG geregelten Fällen. Ob „erhebliche Teile der Belegschaft“ betroffen sind, ist anhand der Grenzwerte des § 17 Abs. 1 Satz 1 KSchG zu ermitteln:
 - Betrieb mit i. d. R. mehr als 20 und weniger als 60 Arbeitnehmern: Es müssen mehr als fünf betroffen sein.
 - Betrieb mit i. d. R. mindestens 60 und weniger als 500 Arbeitnehmern: 10 % der Arbeitnehmer oder mehr als 25 Mitarbeiter sind von der Maßnahme des Arbeitgebers betroffen.
 - Betrieb mit i. d. R. mindestens 500 Arbeitnehmern: Es müssen mindestens 30 Beschäftigte betroffen sein.

6 Zuständiger Verhandlungspartner bei Betriebsänderung

Liegen danach die Voraussetzungen für eine Betriebsänderung vor, ist anhand der Reichweite der Maßnahmen der richtige Verhandlungspartner für die Interessenausgleichs- und Sozialplanverhandlungen zu bestimmen. Dies ist im Konzern zunächst aus Unternehmenssicht zu betrachten:

Beispiel

Fällt die Entscheidung, in nur einem einzigen Betrieb neue Produktionsanlagen einzuführen, bspw. von der mechanisierten Handarbeit auf hoch technologisierte Roboterverfahren umzustellen, sind die Verhandlungen mit dem lokalen Betriebsrat zu führen.

Bei Stilllegung einer unternehmens- oder konzernweit bestehenden Rechnungs- und Buchhaltungsabteilung ist dagegen der Gesamt- bzw. Konzernbetriebsrat zuständig.

Der Gesamtbetriebsrat ist für Betriebsänderungen zuständig, wenn die Maßnahme Angelegenheiten des ganzen Unternehmens oder mehrerer Betriebe betrifft, die sich nur einheitlich regeln lassen, z. B. die Zusammenlegung mehrerer Betriebe oder die Stilllegung aller Betriebe des Unternehmens. Nicht ausreichend ist dagegen, wenn im Rahmen der Interessenausgleichsverhandlungen und des Sozialplans ein inhaltlicher Bezug zu mehreren Unternehmen entsteht. Entscheidend ist allein die Maßnahme: Nur wenn der Betriebsänderung ein unternehmenseinheitliches Konzept zugrunde liegt, ist der Gesamtbetriebsrat zuständig, § 50 Abs. 1 BetrVG. Ansonsten ist der lokale Betriebsrat der richtige Ansprechpartner.

Praxistipp

Ist die Zuständigkeit unklar, sollte das Unternehmen diese mit dem Betriebsrat oder Gesamtbetriebsrat klären bzw. vereinbaren, um zu vermeiden, dass das letztlich getroffene Verhandlungsergebnis nichtig ist. Die Initiativlast liegt dabei beim Arbeitgeber. Er sollte vor allem die Abschlussmacht des Gesamtbetriebsrats prüfen, wenn die lokalen Betriebsräte ihn gem. § 50 Abs. 2 BetrVG mit den Verhandlungen beauftragt haben. Dies gilt besonders, wenn eine Zuständigkeit des Gesamtbetriebsrats zunächst nur zweckmäßig erscheint.

Der Konzernbetriebsrat ist zuständig, wenn die Betriebsänderung den gesamten Konzern oder mehrere Konzernunternehmen betrifft und die einzelnen Gesamtbetriebsräte innerhalb der Unternehmen sie nicht regeln können, § 58 Abs. 1 BetrVG. Auch hier ist in der Praxis bei Zweifelsfragen die Zuständigkeit vorab zu klären.

7 Interessenausgleich und Sozialplan

Kommt hinsichtlich Interessenausgleich und Sozialplan keine Einigung zu Stande, können beide Seiten die Einigungsstelle anrufen, § 112 Abs. 2 Satz 2 BetrVG. Einigen sich die Parteien auch hier nicht, kann die Einigungsstelle den Arbeitgeber nicht zu einem Interessenausgleich zwingen. Über den Sozialplan darf sie dagegen verbindlich entscheiden. Beim Abfindungsvolumen sind ihr jedoch Grenzen gesetzt, § 112 Abs. 5 Satz 1 BetrVG: Sie hat zwar die sozialen Belange der betroffenen Arbeitnehmer zu berücksichtigen, muss aber auch darauf achten, dass ihre Entscheidung wirtschaftlich vertretbar für das Unternehmen ist. Weder der Fortbestand des Unternehmens noch die verbleibenden Arbeitsplätze dürfen gefährdet werden. Was noch wirtschaftlich vertretbar ist, wird großzügig gewertet.

Gemäß § 123 InsO sind selbst in der Insolvenz Betriebsänderungen sozialplanpflichtig. Auch ein Unternehmen, das sich bereits in wirtschaftlichen Schwierigkeiten befindet, muss sich den Belastungen durch einen Sozialplan stellen.

Wichtig

Laut BAG sind für die Prüfung, ob das Abfindungsvolumen wirtschaftlich vertretbar ist, auch die Aktiva und Passiva des Unternehmens sowie die Liquiditätslage zu berücksichtigen. Nicht mehr wirtschaftlich vertretbar ist es, wenn die Sozialplanverbindlichkeiten zu Illiquidität, einer bilanziellen Überschuldung oder einer nicht mehr vertretbaren Schmälerung des Eigenkapitals des Unternehmens führen würden (BAG, Beschl. v. 15.3.2011 – 1 ABR 97/09).

8 Sozialplanansprüche gegen die Holding?

Schuldner der Sozialplanleistungen ist das Unternehmen, das die sozialplanpflichtige Betriebsänderung durchführt. Dies gilt auch in einem Unternehmen, das einem Konzern angehört (BAG v. 15.3.2011). Handelt es sich um eine konzernweite Betriebsänderung, kann die Einigungsstelle auf die wirtschaftliche Kraft und Lage des Konzerns abstellen. Anderes gilt, wenn es sich um eine „lokale“ Betriebsänderung eines konzernangehörigen Unternehmens handelt. Grundsätzlich ist dann nur auf die wirtschaftliche Lage des Arbeitgeberunternehmens abzustellen, gleich ob es einem – im Einzelfall zahlungskräftigeren – Konzern angehört.

Im Ausnahmefall kann es allerdings hinsichtlich der Frage der wirtschaftlichen Vertretbarkeit des Sozialplanvolumens zu einem „Berechnungsdurchgriff“ auf die Konzernobergesellschaft kommen. Dies gilt insbesondere, wenn die Konzernleitungsmacht eine Entscheidung zulasten des betroffenen Tochterunternehmens trifft, die die Interessen des Konzerns derart in den Vordergrund stellt, dass die wirtschaftliche Lage des beherrschten Unternehmens gefährdet bzw. dessen Leistungsfähigkeit ausgeschlossen ist.

Praxistipp

Sieht jedoch der Sozialplan des Tochterunternehmens bereits eine zumindest „substanzielle Milderung“ der wirtschaftlichen Nachteile vor, bleibt kein Raum für einen Berechnungsdurchgriff. Das BAG bejaht eine solche substanzielle Milderung bei Sozialplanabfindungen im Rahmen von 0,15 bis 0,32 Bruttomonatsgehältern pro Jahr der Beschäftigung.

9 Konzernhaftung für Sozialplanansprüche bei Spaltung

Nach § 111 Nr. 3 BetrVG ist die Spaltung von Betrieben ein Regelfall der sozialplanpflichtigen Betriebsänderung. Eine solche Betriebsspaltung kann auch Folge einer Unternehmensspaltung gem. § 123 Umwandlungsgesetz (UmwG) sein. § 134 UmwG regelt die Haftung für den besonderen Fall, dass ein Unternehmen in eine Anlage- und eine Betriebsgesellschaft aufgespalten wird. Hierbei überträgt das Unternehmen sämtliche Vermögensteile des Anlagegeschäfts auf eine Anlagegesellschaft. Zurück bleibt nur eine Betriebsgesellschaft ohne nennenswertes Vermögen – in der i. d. R. auch die Arbeitnehmer verbleiben. Die Anlagegesellschaft beschränkt sich nur darauf, die Vermögensteile zu verwalten. Nach § 134 Abs. 1 UmwG haftet sie jedoch als Gesamtschuldner für Ansprüche aus Sozialplänen der Arbeitnehmer der Betriebsgesellschaft weiter.

Das BAG hat auch hier die Möglichkeit des Bemessungsdurchgriffs auf die Anlagegesellschaft (Konzernunternehmen) bei einem Sozialplan in der Betriebsgesellschaft eingeschränkt (Beschl. v. 15.3.2011). Zwar ergibt zunächst eine Auslegung nach Sinn und Zweck des § 134 UmwG, dass die Anlagegesellschaft nicht nur für Forderungen gegen die Betriebsgesellschaft haftet. Vielmehr ist bereits – entgegen dem Wortlaut der Vorschrift – bei der Frage nach der wirtschaftlichen Vertretbarkeit des Sozialplanvolumens der Betriebsgesellschaft das Vermögen der Anlagegesellschaft zu berücksichtigen. Schließlich soll § 134 UmwG die geringere wirtschaftliche Leistungsfähigkeit der Betriebsgesellschaft gegenüber der Anlagegesellschaft auffangen. Doch dies gilt nicht schrankenlos.

Wichtig

Ein solcher Bemessungsdurchgriff auf die Konzernanlagegesellschaft kommt nur in Betracht, wenn sie der Betriebsgesellschaft durch die Spaltung Vermögensteile entzogen hat. Das bloße Herauslösen der Betriebsgesellschaft aus einem wirtschaftlich leistungsfähigeren Rechtsträger reicht dafür nicht.

In der BAG-Entscheidung hatte die Betriebsgesellschaft immer noch Vermögen bzw. ihr wurde bei der Spaltung kein Grundvermögen entzogen. Damit war kein Raum für einen Bemessungsdurchgriff. Auch ein Bemessungsdurchgriff nach den Grundsätzen der Existenzvernichtungshaftung im GmbH-Konzern, bei der der Alleingesellschafter für Nachteile durch vorsätzliche Vermögensentziehung haftet, kommt nicht schon in Betracht, wenn die Tochter nicht hinreichend mit Kapital ausgestattet ist.

10 Fazit

Liegen bestimmte Kriterien in Bezug auf das Verhältnis zwischen Konzernober- und Tochtergesellschaft vor, kann es nach französischem Recht dazu kommen, dass ein weiteres Arbeitsverhältnis zwischen Arbeitnehmern der Tochtergesellschaft und der Konzernholding besteht.

Davon abweichend gibt es nach deutschem Recht – soweit nicht besondere vertragliche Regelungen vorliegen – kein „Konzernarbeitsverhältnis“. Der Unternehmens- bzw. Konzernverbund kann jedoch bei Kündigungen im Rahmen der Weiterbeschäftigungsmöglichkeit sowie der Reichweite der Sozialauswahl eine Rolle spielen.

Für Sozialplanansprüche besteht grundsätzlich keine Konzernhaftung, sofern die Konzerngesellschaft den Sozialplan nicht selbst abgeschlossen hat oder eine spezielle Haftungsnorm vorliegt. Nur in Ausnahmefällen kommt es zu einem Berechnungsdurchgriff auf die leistungsfähigere Konzernmutter.