

## Betriebsübergang und Arbeitsrecht

### A. Problemstellung

Zuletzt hatte Neef verborgene wirtschaftliche Risiken beim Betriebsübergang in der AE dargestellt<sup>1</sup>. Wobei hier unter dem Begriff Betriebsübergang sowohl Unternehmensnachfolgen innerhalb der Familie oder als Management-buy-in, -buy-out, Owners-buy-out, als auch Übernahmen und Umstrukturierungen zu verstehen sind. Im September dieses Jahres hat die Fachkonferenz „Unternehmensnachfolge im Mittelstand“ der Bankakademie Frankfurt am Main stattgefunden<sup>2</sup>. Neben vielen anderen nimmt auch die Bankakademie sich zu Recht dieses Themas an. Die VR – Leasing AG in Eschborn geht davon aus, dass 70.000 mittelständische Unternehmen in absehbarer Zeit die Unternehmensnachfolge zu regeln haben<sup>3</sup>. Bereits 2001 war zu lesen, für 76.000 mittelständische Unternehmen sei ein Nachfolger zu finden, wobei nach Einschätzung des Geschäftsführers der Bundesvereinigung der Deutschen Arbeitgeberverbände nur für die Hälfte der Unternehmen ein Testament, welches die Nachfolge regelt, vorläge<sup>4</sup>. Was wohl auch damit zusammenhängt, dass in der eigenen Familie kein geeigneter Nachfolger vorhanden ist, mithin Erwerber gesucht werden müssen. Die Vorsitzende des Bundes Katholischer Unternehmer, Marie-Luise Dött, MdB, wies bei der Auftaktveranstaltung von BKU und BKR zum Thema „Unternehmensnachfolge im mittelständischen Familienbetrieb“<sup>5</sup> eindringlich auf die Gefahren einer unzureichenden oder nicht geregelten Unternehmensnachfolge nicht nur für das Unternehmen selbst, sondern auch für die damit verbundenen Arbeitsplätze hin. Die sozialpolitische Bedeutung dieser Frage ist damit klar umrissen. In der aktuellen Diskussion wird richtigerweise darauf hingewiesen, bei der Unternehmensnachfolge gehe es nicht allein um erb- und gesellschaftsrechtliche Fragen. Um die Unternehmensnachfolge nachhaltig zu sichern ist auch eine Steuerstrategie erforderlich, bei der komplizierte Sachverhalte wie zum Beispiel die Schenkung von Unternehmensanteilen an den Nachfolger gelöst werden müssen, bei der klar ist, dass Schenkungsteuer anfällt, aber eben nur wenigen die Stolperfalle<sup>6</sup> bewusst ist, wonach eine Einkommenssteuerbelastung ebenso die Folge sein kann.

### B. Ausgewählte arbeitsrechtliche Probleme

#### 1.

Stolperfallen bei Betriebsübergängen, sei es bei der Unternehmensnachfolge im Familienbetrieb oder bei der Umstrukturierung von Aktiengesellschaften, gibt es auch aus arbeitsrechtlicher Sicht sowohl bei Personen- als auch bei Kapitalgesellschaften. So führt der Trugschluss, über § 613 a Abs. 1 S. 1 BGB würden kollektivrechtliche Regelungen unabdingbar zum Bestandteil der Einzelarbeitsverträge, häufig in der Praxis zu Fehlentscheidungen. Dies gilt nicht nur bei Akquisitionentscheidungen von Erwerbern bzw. Nachfolgern, sondern auch für die hiervon betroffenen Beschäftigten. Die Einzelarbeitsverträge enthalten häufig – im hier interessierenden Zusammenhang – Klauseln, die konkret daraufhin untersucht werden müssen, inwieweit sie nach der Rechtsprechung des BAG und

nach dem SchuMoG als Bezugnahmeklausel<sup>7</sup> zu werten sind. So hat das Arbeitsgericht Duisburg in einem Urteil vom 09.01.2003<sup>8</sup> festgestellt, dass die Unklarheitenregel des § 305 c Abs. 2 BGB zu Lasten des Arbeitgebers eingreifen soll, der in vorformulierten Arbeitsverträgen mittels dynamischer Verweisklauseln lediglich eine Gleichstellungsabrede beabsichtigte, ohne dies kenntlich zu machen<sup>9</sup>. Der Ausgang dieser Prüfung ist für die übergehenden Beschäftigten nicht nur für die Frage der Inanspruchnahme des ihnen zustehenden Widerspruchsrechts von erheblicher Bedeutung. Wenn auch Herschel in der Anmerkung zu einem Urteil des BAG<sup>10</sup> bereits 1980 feststellt, dass das Widerspruchsrecht kein sehr wirksames Mittel sei und dementsprechend in der Praxis äusserst selten ist<sup>12</sup>.

Das nachvollziehbare Interesse der Arbeitgeber beim Betriebsübergang besteht darin, Kosten zu senken. Dabei ist eines der Instrumente die „Flucht aus dem Tarifvertrag“. So schlägt die von der Allianz angekündigte Umstrukturierung ihres Deutschlandgeschäfts hohe Wellen. Die neue Vertriebsgesellschaft soll nicht Mitglied im Arbeitgeberverband werden, mithin rund 12.000 Beschäftigte in Zukunft nicht mehr nach Tarif bezahlt werden. Zwar bleiben die bestehenden Arbeitsverträge wegen der sog. „Nachbindungsphase“ gem. § 3 Abs. 3 TVG zunächst bestehen. Aber nach Ablauf eines Jahres endet diese. Damit werden Kostensenkungsmassnahmen wegen der verlängerten Tarifbindung nicht unmittelbar wirksam<sup>13</sup>. Massgeblich für diese Entscheidung, dies gilt in gleicher Weise für Erwerber mit eben dieser Zielsetzung, dürfte aber auch sein, dass künftige Tarifabschlüsse keine Geltung für das Unternehmen mehr entfalten und künftig Mitarbeiter ohne Tarifbindung eingestellt werden können. Gleiches dürfte wohl für Verbandsmitglieder ohne Tarifbindung gelten<sup>14</sup>.

Zu beachten ist allerdings für die Erwerber, dass es nach der Nachbindungsphase zu der sog. Nachwirkungsphase<sup>15</sup> gem. § 4 Abs. 5 TVG kommt, mithin die bisherigen kollektivrechtlichen Normen fortwirken. Zwar können nachwirkende Normen jederzeit geändert werden<sup>16</sup>. Ob sich allerdings ein Arbeitnehmer mit sich für ihn verschlechternden Bedingungen ohne weiteres einverstanden erklärt, kann hier dahin gestellt bleiben. Klar hingegen dürfte sein, dass zwar eine Änderung jederzeit über eine Änderungskündigung versucht werden kann, diese sich aber hinsichtlich einer gerichtlichen Überprüfung den gleichen Anforderungen zu stellen hat, wie eine Beendigungskündigung. Erfolg dürfte eine solche Massnahme nur dann haben, wenn die Dringlichkeit einer Änderungskündigung begründenden betrieblichen Erfordernisse erheblich sind und zudem ein Sanierungsplan vorgelegt wird, für dessen Begründung der Arbeitgeber aber die volle Beweislast trägt. Das Ende der Nachbindungsphase nach einem Jahr tritt im Übrigen dann nicht ein, wenn der Tarifvertrag oder eine Betriebsvereinbarung individualrechtlich vereinbart sind. Eine vormals normative Geltung eines Tarifvertrages oder einer Betriebsvereinbarung ist dann Gegenstand des Individualvertrages. Sicher kann man auch dies im Konsens ändern. Aber wo soll ein solcher Konsens ohne weiter gehende Anreize für den Arbeitnehmer herkommen? Und ein Erfolg von Änderungskündigungen in diesem Zusammenhang dürfte in der Praxis aussichtslos sein.

2.

Die Europa rechtlichen Vorgaben hinsichtlich der Unterrichtung von Arbeitnehmern über den Zeitpunkt und den Grund eines Betriebsübergangs über die rechtlichen, wirtschaftlichen und sozialen Folgen wurden mit Einfügung des neuen § 613a Abs. 5 BGB im Jahr 2002 in Deutschland auch auf Arbeitnehmer in betriebsratsfähigen

Unternehmen erweitert. Danach ist nunmehr jeder einzelne Arbeitnehmer detailliert über den Betriebsübergang zu unterrichten. Dabei ist der Zugang der Unterrichtung der massgebliche Zeitpunkt, nicht der Betriebsübergang selbst, für das dem Arbeitnehmer zustehende Widerspruchsrecht, welches er binnen eines Monats in Anspruch nehmen muss. Eine nicht formgerechte oder nicht vollständige Unterrichtung könnte sich jedoch als Stolperfalle erweisen. Die Unterrichtung hat schriftlich zu erfolgen. Der Zugang ist nachzuweisen. Die Beweislast trägt der Arbeitgeber. Schwieriger ist aber die Frage, was unter einer vollständigen Unterrichtung zu verstehen ist?, zu beantworten. Für die im Arbeitsvertrag selbst begründeten Rechte und Pflichten dürfte der Hinweis auf die gesetzliche Regelung im § 613a BGB genügen. Schwieriger wird es jedoch bei Fragen nach möglichen Änderungen bei Betriebsvereinbarungen und tarifrechtlichen Regelungen durch den Betriebsübergang. Eine pauschale Formulierung dürfte hier sicher nicht ausreichen. Vielmehr ist konkret darauf einzugehen, ob und in welchem Umfang Änderungen eintreten. Unbedingt mitzuteilen ist ferner die Absicht, Personal abzubauen oder Betriebsänderungen durchzuführen. Geschieht dies nicht im gesetzlich geforderten Umfang ist die Folge, dass die Monatsfrist nicht zu laufen beginnt, mithin der Arbeitnehmer dem Betriebsübergang auch noch sehr viel später widersprechen kann. Dies führt dazu, der Arbeitnehmer bleibt beim Veräußerer beschäftigt und das Arbeitsverhältnis geht nicht auf den Betriebserwerber über. Dass dies in der Praxis zu absurden Ergebnissen führen kann liegt auf der Hand. Das damit verbundene Risiko, ist mit erheblichen Kosten verbunden, da Kündigungsfristen einzuhalten sind, eventuell ein Sozialplan aufgestellt werden muss und Abfindungen gezahlt werden müssen. Das neue Widerspruchsrecht hat damit eine besondere Qualität erhalten.

Bei börsennotierten Unternehmen haben Beschäftigte gem. § 10 Abs. 5 S. 2 Wertpapiererwerbs- und Übernahmegesetz<sup>17</sup> besondere Informationsansprüche. Bei aller Kritik an diesem Gesetz, ob etwa der Gesetzgeber über das Ziel hinausgeschossen ist, indem er wieder einmal Europa rechtliche Vorgaben über erfüllte, dürfte Motiv für die Verabschiedung des Gesetzes gewesen sein, feindliche Übernahmen mit anschliessendem Personalabbau zu erschweren. Grundsätzlich wirkt sich die Übernahme einer börsennotierten Gesellschaft nicht auf die Arbeitsverhältnisse aus, da lediglich die Eigentümer wechseln, die bisherige Rechtsform aber erhalten bleibt. Veränderungen treten erst dann ein, wenn sogenannte Synergieeffekte über Personalabbau und Rationalisierungsmassnahmen erzielt werden sollen. Vor diesem Hintergrund ist es dringend geboten, genau zu prüfen, in welchem Umfang Informationspflichten bestehen.

3.

Mit einer noch unveröffentlichten Entscheidung macht es das Bundesarbeitsgericht<sup>18</sup> künftig offenbar leichter, Konsequenzen eines Betriebsübergangs bei insolvenzgefährdeten Betrieben zu vermeiden. Bisher war es so, dass die Veräusserung und Fortführung insolvenzgefährdeter Betriebe oft an den insgesamt zu unveränderten Bedingungen zu übernehmenden Arbeitsverhältnissen scheiterte. Der deutsche Gesetzgeber hat übrigens auch hier entschieden, obwohl dies nach den Vorgaben der Europäischen Union nicht notwendig war, dass die vollständige und umfassende Übernahme, ebenso der Arbeitsverhältnisse, auch für Betriebe gelten soll, für die die Insolvenz eröffnet wurde. Während das LAG Bremen noch die Konstruktion, wonach zunächst das bisherige Unternehmen mit den Beschäftigten Aufhebungsverträge abschloss, eine Zwischengesellschaft die Arbeitnehmer zu schlechteren Bedingungen aufnahm und sodann diejenigen Mitarbeiter, die für die

Fortführung des sanierten Betriebes erforderlich sind mit neuen Arbeitsverträgen einstellt, als „Spiel über die Bande“ ansah hält das BAG nunmehr die sanierende Übertragung eines insolvenzgefährdeten Betriebes unter Zwischenschaltung einer Beschäftigungs- und Qualifizierungsgesellschaft für rechtens. Allerdings sollen dabei bestimmte Voraussetzungen gegeben sein. Damit der Schutz des § 613a BGB nicht umgangen wird, insbesondere der Aufhebungsvertrag nicht unwirksam sein soll, müssen die mit der Vertragsgestaltung verbundenen Verschlechterungen für den Arbeitnehmer sachlich geboten sein. Dieses Kriterium soll dann erfüllt sein, wenn die dreiseitige Vertragsgestaltung zwischen insolvenzgefährdetem Betrieb, Zwischengesellschaft und aufnehmendem Unternehmen den Zweck hat, eine sonst eintretende Insolvenz zu vermeiden. Die Vorteile einer solchen Konstruktion liegen auf der Hand. Die Auswahl der Mitarbeiter erfolgt ohne Sozialauswahl, wodurch eine qualifizierte Beschäftigungsstruktur erreicht werden kann und überlebensfähige Betriebsteile im Gegensatz zum Rest des Unternehmens erhalten bleiben können. Dies wird aber in der Praxis nur dann funktionieren, wenn die Belegschaft bereit ist, Aufhebungsverträge mit schlechteren Bedingungen abzuschliessen. Die Bereitschaft dazu dürfte umso geringer sein, je unwahrscheinlicher der Abschluss eines neuen Arbeitsvertrages mit dem sanierten Unternehmen ist. Insbesondere diejenigen Mitarbeiter, die durch die Sozialauswahl besonders geschützt sind, werden freiwillig kaum auf ihre Rechte verzichten. Dann bleibt nur die betriebsbedingte Kündigung, eventuell in der Form der betriebsbedingten Änderungskündigung. Aber auch hier hat das BAG klar und eindeutig festgestellt<sup>19</sup>, dass Änderungskündigungen nur unter besonderen Voraussetzungen zulässig sind. Einmal geschlossene Verträge sind einzuhalten, Geldmangel kann den Schuldner nicht entlasten. Diese allgemeinen Grundsätze des Vertragsrechts gelten auch hier. Ein Eingriff in das Lohngefüge zur Durchsetzung einer erheblichen Senkung des Lohnes ist danach nur dann begründet, wenn bei Aufrechterhaltung der bisherigen Personalkostenstruktur weitere nicht mehr auffangbare Verluste entstehen, die zu einer Minimierung der Mitarbeiteranzahl oder sogar zu einer Betriebsstilllegung führen. Dies setzt wiederum einen umfassenden Sozialplan voraus, der alle gegenüber den beabsichtigten Änderungskündigungen milderer Mittel ausschöpft. Auch wenn das BAG mit der Entscheidung vom 18.08.2005<sup>20</sup> den Betriebsübergang insolvenzgefährdeter Betriebe erleichtert hat, dürfte das „Spiel über die Bande“ dadurch in der Praxis nicht unbedingt leichter werden.

### C. Fazit

Die dargestellten arbeitsrechtlichen Probleme sind nicht abschliessend. Ungeklärt ist zum Beispiel, wie Bezugnahmeklauseln nach der Gründung von ver.di wirken<sup>21</sup>. Interessant sind auch die komplexen Fragen nach der Übernahme einer vorhandenen betrieblichen Altersvorsorge<sup>22</sup>. Bei den unterschiedlichen Möglichkeiten eines Betriebsübergangs können die arbeitsrechtlichen Probleme dennoch die gleichen sein. Unabhängig davon, ob es um die Unternehmensnachfolge im mittelständischen Familienbetrieb, um eine Übernahme oder die Umstrukturierung von Kapitalgesellschaften geht. Regelmässig sind erb- und gesellschaftsrechtliche und steuerliche Aspekte zu beachten. Und immer sind auch arbeitsrechtliche Fragen tangiert und können ohne fachgerechte Beratung für beide Seiten folgenschwere Verluste nach sich ziehen. Eine umfassende „Human Resources Due-Dilligence“ ist deshalb bei einem Betriebsübergang, einer Übernahme oder einer Umstrukturierung zur Risikominimierung unbedingt zu empfehlen.

Nikolaus Jung FAArbR, Genf  
www.ra-jung.de  
Business&Law Rechtsanwälte, Bad Homburg v.d.H.  
www.bl-ra.com

---

<sup>1</sup> Neef, Verborgene wirtschaftliche Risiken beim Betriebsübergang, AE 02/04, S. 83 ff

<sup>2</sup> www.bankakademie.de

<sup>3</sup> FAZ, Den Generationswechsel gestalten, 06.05.2005

<sup>4</sup> FAZ, Viele Seniorchefs kümmern sich zu spät um Nachfolge, 24.10.2001

<sup>5</sup> vgl. bku – Journal 3/2002; Die Welt, Benedikt Vallendar: Ungeregelte Firmennachfolge gefährdet Arbeitsplätze, 14.11.2002

<sup>6</sup> so Rödl, FAZ, Welche neuen Stolperfallen gibt es bei der Unternehmensübergabe?, 11.Mai 2005

<sup>7</sup> Reichel, Die arbeitsvertragliche Bezugnahme auf den Tarifvertrag, 2001

<sup>8</sup> ArbG Duisburg, Urteil v. 09.01.2003, 4 Ca 3028/02 = EzA SD Heft 4/2003

<sup>9</sup> allg. zur AGB – Kontrolle vertraglicher Bezugnahmeklauseln nach dem SchuMoG vgl. Thüsing/Lambrich, NZA 2002, S. 1361 ff.

<sup>10</sup> BAG, Urteil v. 6.02.1980 – 5 AZR 275/78

<sup>12</sup> so Binz-Rauser, BB 1980, S. 897 unter I 1 a.E.

<sup>13</sup> Bauer/Hausmann, DB 2003, S. 610 ff.

<sup>14</sup> vgl. hierzu grundlegend Franzke, OT – Mitgliedschaften, Zur Frage der Zulässigkeit einer tarifbindungsfreien Verbandsmitgliedschaft in einer Arbeitgeberorganisation, Inauguraldissertation 1999, ISBN 3-89820-080-9

<sup>15</sup> Ständige Rechtsprechung des BAG, Urteil v. 18.03.1992, DB 1992, S. 1297; BAG, Urteil v. 13.12.1995, DB 1996, S. 1284

<sup>16</sup> BAG, Urteil v. 01.08.2001, EzA § 613a BGB Nr. 199 unter 4.

<sup>17</sup> Wertpapiererwerbs- und Übernahmegesetz v. 20. Okt. 2001, BGBl. I S. 3822, zuletzt geändert durch Art. 71 der Achten Zuständigkeitsanpassungsverordnung vom 25. Nov. 2003, BGBl. I S. 2304

<sup>18</sup> BAG, Urteil v. 18.08.2005, 8 AZR 532/04

<sup>19</sup> BAG, Urteil v. 16.05.2002, 2 AZR 292/01; EzA § 2 KSchG Nr.46

<sup>20</sup> BAG, Urteil v. 18.05.2005, aaO

<sup>21</sup> vgl. Schiefer, DB 2003, 390 ff; Melms, NZA 2002, S. 296 ff

<sup>22</sup> Neef, aaO, S. 84/85