

WOLFGANG DÄUBLER

Der Erwerb deutscher Betriebe durch ausländische Unternehmen

– Arbeitsrechtliche Rahmenbedingungen –

I. Einleitung

1. Ein Problem am Rande

Die Übernahme deutscher Betriebe durch ausländische Unternehmen war – genau wie ihre Verlagerung ins Ausland – bislang kein bevorzugter Gegenstand arbeitsrechtlicher Überlegungen. Dies mag damit zusammenhängen, daß die Rechtsprechung nur selten mit solchen Fällen zu tun hatte. Die wenigen Entscheidungen betreffen überdies Sachverhalte aus eher atypischen Branchen: Ob § 613a BGB auch dann anwendbar ist, wenn ein deutsches Schiff an einen liberianischen Reeder verkauft wird,¹ bewegt die Gemüter allenfalls in Küstennähe, und auch die jüngste BAG-Entscheidung betraf die eher singuläre Frage, ob die Arbeitsverhältnisse von Panam-Piloten, die bisher im Berlin-Verkehr eingesetzt waren, auf eine andere Fluggesellschaft übergegangen sind.² Lediglich das BAG-Urteil vom 20. April 1989³ fiel insoweit aus dem Rahmen, als es einen im Inland quasi-alltäglichen Fall zum Gegenstand hatte: Ein in Berlin ansässiger Hersteller von PVC-Fußbodenplatten war in Schwierigkeiten geraten, hatte allen Beschäftigten wegen der unvermeidlichen Stilllegung gekündigt und noch während des Laufs der Kündigungsfrist einen Käufer für den Maschinenpark samt dem damit verbundenen Know-how gefunden. Dieser nahm die Maschinen in Besitz und transportierte sie alsbald ab, um die Produktion an anderer Stelle und mit anderen Leuten fortzuführen. Die Besonderheit bestand nur darin, daß er seinen Sitz nicht in Essen oder Stuttgart, sondern in Lyon hatte und daß das BAG deshalb entscheiden

¹ ArbG Hamburg und LAG Hamburg AP BGB § 613a Nr. 25 (ablehnend); LAG Hamburg IPRspr 1989, 143 (Nr. 70) = Hansa 1989, 1236 (bejahend).

² BAG DB 1993, 637.

³ BAG AP BGB § 613a Nr. 81.

mußte, ob und ggf. mit welchen Konsequenzen § 613 a BGB auch in einem solchen Fall eingreift. Insgesamt war der Eindruck nicht von der Hand zu weisen, daß der grenzüberschreitende Betriebsübergang zu jenen Randfragen gehört, um die sich Spezialisten kümmern, daß er aber in der Standardliteratur allenfalls eine Fußnotenexistenz fristet.

2. Binnenmarkt und Fusionsrichtlinie

An diesem Zustand kann sich in naher Zukunft Grundlegendes ändern. Der Europäische Binnenmarkt ist nicht nur auf den Austausch von Produkten und Dienstleistungen, sondern auch auf den freien Fluß von Kapital und Unternehmensbeteiligungen angelegt. Der Idee nach soll es in Zukunft keinen Unterschied mehr machen, ob der Käufer eines Aktienpakets oder der Übernehmer eines Betriebs in Düsseldorf, Kopenhagen oder Madrid sitzt. Dies bedeutet, daß der so kontrovers diskutierte § 613 a BGB einer neuen Herausforderung ausgesetzt ist: Was bisher nur bei Schiffen und Flugzeugen sowie beim PVC-Hersteller praktisch wurde, kann zur Alltagserscheinung werden.⁴ Dabei wird es nicht allein um Veräußerungen im klassischen Sinne gehen, um die Übertragung eines Stücks Produktiv-eigentum vom Unternehmen A an das Unternehmen B.⁵ Viel wichtiger werden voraussichtlich konzerninterne Umstrukturierungen der Art sein, daß neue Zuordnungen vorgenommen werden, daß das „Netz“ der Unternehmen ein wenig anders geknüpft wird.⁶ So kann man sich unschwer vorstellen, daß z. B. die deutsche Vertriebsorganisation eines amerikanischen Unternehmens direkt der in Paris ansässigen Europa-Zentrale unterstellt und so der deutschen Tochter entzogen wird. Oder dramatischer: Ein Elektrobetrieb wird aus dem Rheinland nach Belgien verlegt, weil dort auch am Wochenende rund um die Uhr gearbeitet werden darf.

Der Gemeinschaftsgesetzgeber hat in jüngster Zeit steuerliche Hindernisse beseitigt, die bislang einen Ressourcentransfer innerhalb der Gemeinschaft entscheidend erschwert haben. Die sog. Fusionsrichtlinie vom 23. Juli 1990⁷ verpflichtet die Mitgliedstaaten, bei bestimmten grenzüber-

⁴ Entsprechende Einschätzungen im hier interessierenden Zusammenhang bei *Kreitner*, Anmerkung zu BAG AP BGB § 613 a Nr. 81; *Richter* AuR 1992, 65; *Wolenschlager-Frölich* AuR 1990, 314.

⁵ Letzteres kommt z. B. vor, wenn ein Unternehmen aufgekauft wird und einzelne Teile abgestoßen werden, weil sie nicht mehr in das neue Unternehmenskonzept passen – dazu *Peltzer* ZIP 1989, 70.

⁶ Zur Dezentralisierung von Konzernen und einer daraus folgenden „Netz“-Struktur siehe *Teubner* ZGR 1991, 189 ff.

⁷ ABl. vom 20. 8. 1990, Nr. L 225/1.

schreitenden Unternehmenszusammenschlüssen auf die bislang notwendige Aufdeckung stiller Reserven und ihre Besteuerung zu verzichten (Art. 3) und eine „Mitnahme“ von steuerlichen Rückstellungen oder Rücklagen zu ermöglichen (Art. 4).⁸ Der deutsche Gesetzgeber hat dem durch das Steueränderungsgesetz 1992⁹ Rechnung getragen und einen § 20 Abs. 8 UmwStG geschaffen, der die Einzelheiten regelt.¹⁰ Erfasst ist damit nicht etwa die grenzüberschreitende Fusion, die es auch innerhalb der EG noch nicht gibt und die es trotz der Niederlassungsfreiheit der Art. 52, 58 EWG-Vertrag auch in Zukunft nicht geben muß.¹¹ Die Befreiung von steuerlichen Lasten gilt vielmehr für den (hier nicht näher interessierenden) Austausch von Anteilsrechten sowie für die „Einbringung von Unternehmensteilen“ in eine ausländische Gesellschaft, verbunden mit dem Erwerb von Anteilsrechten an eben dieser Gesellschaft.¹² Damit sind selbstredend nicht alle Fälle von grenzüberschreitendem Betriebsübergang erfasst, wohl aber zahlreiche „Umstrukturierungen“ innerhalb eines Konzerns einschließlich solcher, die der Sache nach eine Fusion ersetzen. Aus Modellvorstellungen kann so unschwer Realität werden.

Die „Abgabe“ eines Betriebes an ein ausländisches Unternehmen kann – mit oder ohne Verlegung – dazu führen, daß die „Schwellenwerte“ für das Eingreifen der Unternehmensmitbestimmung, aber auch für die Errichtung eines Wirtschaftsausschusses unterschritten werden. Die Richtlinie räumt deshalb in ihrem Art. 11 Abs. 1 lit. b den Mitgliedstaaten das Recht ein, die vorgeschriebene Steurentlastung zu versagen, wenn die Einbringung von Unternehmensteilen dazu führt, „daß eine an dem Vorgang beteiligte Gesellschaft oder eine an dem Vorgang nichtbeteiligte Gesellschaft die Voraussetzungen für die bis zu dem Vorgang bestehende Vertretung der Arbeitnehmer in den Organen der Gesellschaft nicht mehr erfüllt.“ Der Bundesgesetzgeber hat von dieser Ermächtigung noch keinen Gebrauch gemacht, jedoch hat der Bundestag am 8. November 1991 einmütig beschlossen, nicht im Steuer-, sondern im Mitbestimmungsrecht eine entsprechende Schutzklausel zu verankern.¹³ Bislang liegt nur ein Gesetzent-

⁸ Einzelheiten bei *Herzig-Dautzenberg-Heyeres*, Beilage 12/1991 zu DB; *Sass* DB 1990, 2340.

⁹ BGBl. I S. 297.

¹⁰ Dazu näher *Herzig-Förster* DB 1992, 911.

¹¹ EuGH NJW 1989, 2186 (Daily Mail); ebenso BayObLG EuZW 1992, 548.

¹² Siehe die Definition in Art. 2 lit. c der Richtlinie. Die Regelung der Richtlinie wie die des § 20 Abs. 2 UmwStG beschränkt sich im übrigen auf Kapitalgesellschaften.

¹³ Stenographischer Bericht über die 55. Sitzung des Deutschen Bundestags vom 8. November 1991, S. 4627.

wurf der SPD-Fraktion über ein „Mitbestimmungs-Beibehaltungsgesetz“ vor,¹⁴ wonach das Fortbestehen der Schwellenwerte grundsätzlich fingiert wird, es sei denn, das Unternehmen würde auf die steuerliche Begünstigung verzichten. Mit einer solchen Regelung wäre allerdings nur ein Teil der Probleme angegangen – wie der Entwurf selbst betont, ist der Verlust von Mitbestimmungsrechten für die aus dem Unternehmen ausscheidende Belegschaft oder Teilbelegschaft nicht zu vermeiden.¹⁵

3. Verlagerung in Drittstaaten

Das Problem des Aufkaufs oder der Verlagerung inländischer Betriebe ist kein EG-spezifisches Problem. Es kann auch im Verhältnis zu Drittstaaten, etwa den USA oder Japan auftreten, ohne daß allerdings insoweit die steuerlichen Hindernisse beseitigt wären. Gravierender ist deshalb vermutlich die Gefahr, daß Betriebe des Lohnkostengefalles wegen in östliche Nachbarstaaten „abwandern“ – auch dies eine neue Perspektive, die dem hier gewählten Thema zusätzliche Aktualität verleiht. Damit sind Phänomene angesprochen, die unter dem Stichwort der „runaway-firms“ schon zu früheren Zeiten Interesse gefunden haben,¹⁶ freilich in aller Regel nicht in bezug auf Deutschland, wo derlei „unsolides“ Gehabe nicht zur Debatte stand.

4. Überblick über den Gang der Darstellung

Im folgenden sollen zwei Grundkonstellationen des Erwerbs deutscher Betriebe durch ausländische Unternehmen unterschieden werden. Im ersten – einfacheren – Fall bleibt der Betrieb als solcher da, wo er bisher war: Es ändert sich lediglich die rechtliche Zuordnung, die von einem inländischen auf ein ausländisches Unternehmen übergeht (unten II). Gravierender ist der zweite Fall. Ein Betrieb oder Betriebsteil wechselt nicht nur den Inhaber, sondern wird auch räumlich in einen anderen Staat verlagert. Aus Darstellungsgründen soll dabei zunächst die reine Betriebsverlegung ohne Inhaberwechsel skizziert werden, die nicht nur kollisionsrechtliche Probleme, sondern – die Anwendbarkeit deutschen Rechts unterstellt – wegen § 111 Satz 2 Nr. 2 BetrVG auch Fragen des Interessenausgleichs und des Sozialplans aufwirft (unten III). Darauf aufbauend soll dann unter IV die Rechtslage bei einem gleichzeitig erfolgenden Betriebsübergang erörtert

¹⁴ BT-Drucks. 12/3280.

¹⁵ BT-Drucks. 12/3280, S. 3.

¹⁶ Vgl. etwa *Piehl*, Multinationale Konzerne und internationale Gewerkschaftsbewegung, 1974, S. 65 ff.; *Simitis*, Festschrift für Kegel, 1977, S. 172.

werden. Ausgeklammert bleiben rein gesellschaftsrechtliche Veränderungen wie insbesondere friedliche oder „feindliche“ Übernahmen,¹⁷ deren Probleme nicht mit Hilfe arbeitsrechtlicher Normen zu bewältigen sind.¹⁸

Die Problematik stellt sich im übrigen spiegelbildlich für andere Länder, die gleichfalls (aus ihrer Sicht) ausländischen Kaufinteressen konfrontiert sind. Angesichts der EG-Richtlinie über die Wahrung von Ansprüchen der Arbeitnehmer beim Übergang von Unternehmen, Betrieben oder Betriebsteilen¹⁹ sind bei den übrigen EG-Mitgliedstaaten auch in kollisions- und materiellrechtlicher Hinsicht ähnliche Fragestellungen zu erwarten.²⁰

II. Betriebserwerb durch ein ausländisches Unternehmen ohne räumliche Veränderung

1. Übergang der Arbeitsverhältnisse nach § 613 a BGB?

Als erstes stellt sich die Frage, nach welchem Recht sich die etwaige Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses mit dem Erwerber bestimmt. Erst wenn sie beantwortet ist, ergibt sich das weitere Problem, ob § 613 a BGB seinem eigenen Anspruch nach nur rein innerstaatliche Vorgänge oder auch solche grenzüberschreitender Natur erfassen will.

a) Die Kollisionsnorm

Bisweilen ist erwogen worden, die anwendbare Rechtsordnung nach dem Übernahmevertrag zu bestimmen.²¹ Dies hätte für den Erwerber den Vorteil, daß er auch in bezug auf die Belegschaft wüßte, woran er ist. Angesichts der Rechtswahlfreiheit nach Art. 27 EGBGB würde es nahelie-

¹⁷ Dazu etwa *Knoll*, Die Übernahme von Kapitalgesellschaften, 1992; *Kreuzer* (Hrsg.), Öffentliche Übernahmeangebote, 1993.

¹⁸ Immerhin hat das Arbeitsrecht die Funktion einer wichtigen Rahmenbedingung. So kann etwa der Aufkauf eines Unternehmens zu dem Zweck, es zu zerlegen und die Einzelteile gewinnbringend zu veräußern (sog. asset-stripping), wegen der Sozialplankosten wirtschaftlich uninteressant werden – vgl. *Hauschka-Roth AG* 1988, 181 ff.

¹⁹ Richtlinie vom 14. 2. 1977, ABl. vom 5. 3. 1977, Nr. L 61/26, abgedruckt auch bei *Däubler-Kittner-Lörcher* (Hrsg.), Internationale Arbeits- und Sozialordnung, 2. Aufl. 1993, unter Nr. 432.

²⁰ Zu den verbleibenden Rechtsunterschieden, die z. T. auf mangelhafter Umsetzung der Richtlinie beruhen, siehe *Junker*, Internationales Arbeitsrecht im Konzern, 1992, S. 235; *Löw*, Die Betriebsveräußerung im Europäischen Arbeitsrecht, 1992 (deutsch-englischer Rechtsvergleich); *Pietzko*, Der Tatbestand des § 613 a BGB, 1988, S. 211 ff.

²¹ So etwa die Vorinstanz in BAG AP BGB § 613 a Nr. 81.

gen, eine Rechtsordnung zu wählen, die – wie z. B. bislang das österreichische Recht²² – keinen automatischen Übergang der Arbeitsverhältnisse kennt. Damit wäre jedoch die Arbeitnehmerschutznorm des § 613 a BGB zur Disposition gestellt. Dies ist um so unbefriedigender, als sich der Arbeitnehmer gegen einen Wegfall des § 613 a BGB nicht schützen könnte, während der Erwerber sich durch sachkundige Beratung sehr wohl auf die arbeitsrechtliche Situation einstellen und diese ggf. bei der Bemessung des Kaufpreises berücksichtigen kann. Mit Recht lehnt deshalb die ganz herrschende Auffassung eine Anknüpfung am Recht des Übernahmevertrags ab;²³ das BAG hat sich dem in neuester Zeit angeschlossen.²⁴

Etwas kontroverser ist die Frage, ob auf den Betriebssitz oder auf das Arbeitsvertragsstatut abgestellt werden soll. Das erstere²⁵ kann für sich den Gedanken der Einheitlichkeit anführen, was der Übersichtlichkeit, aber auch der Gleichbehandlung aller Betroffenen dient. Eine solche Lösung würde sich in das überkommene System des Arbeitskollisionsrechts einfügen, wäre § 613 a BGB primär eine betriebsverfassungsrechtliche Norm, da dort die Territorialität alles und die übrigen beteiligten Interessen (beinahe) ein Nichts sind.²⁶ Eine solche Verortung läßt sich jedoch heute nicht mehr ernsthaft vertreten.²⁷ Durch das Abstellen auf den Betriebssitz würde daher für den Betriebsübergang eine besondere Kollisionsnorm entwickelt, was den Nachteil hat, daß das Arbeitsverhältnis noch mehr als bisher „zerstückelt“ wird: Je mehr spezifische Anwendungsregeln für einzelne Teile des Arbeitsverhältnisses aufgestellt werden, um so eher treten Friktionen auf. Man sollte deshalb beim Betriebsübergang dem Arbeitsort keine höhere Bedeutung beimessen als im Rahmen der arbeitsvertraglichen Grundsatznorm des Art. 30 EGBGB. Wenn es dort als sachgerecht angesehen wird, daß aufgrund einer Rechtswahl oder wegen engerer Verbindungen zu einem anderen Staat eben

²² Vgl. Richter AuR 1992, 66 ff.

²³ Gamillscheg, Internationales Arbeitsrecht, 1959, S. 237; Hergenröder, in: AR-Blattei, Betriebsinhaberwechsel, Anmerkung zu Entscheidung 83; Junker (Fn. 20) S. 233; Kreitner, Kündigungsrechtliche Probleme beim Betriebsinhaberwechsel, 1989, S. 259; Kronke IPrax 1981, 159; Pietzko (Fn. 20) S. 215; Richter AuR 1992, 68; Wollenschläger-Frölich AuR 1990, 315.

²⁴ BAG DB 1993, 638.

²⁵ Dafür Birk RdA 1984, 133 und in MünchArbR, Bd. 1, 1992, § 19 RdNr. 178; Junker (Fn. 20) S. 240; Koch RIW 1984, 594.

²⁶ Vgl. BAG AP Internationales Privatrecht Arbeitsrecht Nr. 13, wonach auch ein ausländisches Arbeitsvertragsstatut die Anwendung des BetrVG nicht hindert. Krüsch Trümner, in: Däubler-Kittner-Klebe-Schneider, BetrVG, 3. Aufl. 1992, § 1 RdNr. 16.

²⁷ Siehe BAG DB 1993, 640 m. w. N.

nicht das Recht des Arbeitsorts Anwendung findet, kann im Bereich des Betriebsübergangs nichts Abweichendes gelten.²⁸ Für eine Zuordnung zum Arbeitsvertragsstatut spricht weiter, daß § 613 a BGB als zwingendes Vertragsrecht ausgestaltet ist – er tritt an die Stelle einer dreiseitigen Abmachung zwischen Arbeitsvertragsparteien und Erwerber, die – wäre sie notwendig – als Vertragsübernahme gleichfalls dem Statut des übernommenen Vertrages unterstellt würde.²⁹ Mit Recht geht deshalb das BAG³⁰ und die weit überwiegende Meinung in der Literatur³¹ davon aus, daß Vorliegen und Wirkungen eines Betriebsübergangs nach dem Arbeitsvertragsstatut zu beurteilen sind. Aus dieser Festlegung ergeben sich eine Reihe von Konsequenzen.

- Bei Arbeit in Deutschland wird der Regelanknüpfung des Art. 30 Abs. 2 Nr. 1 EGBGB entsprechend deutsches Arbeitsvertragsrecht und damit auch § 613 a BGB eingreifen. Insoweit ergeben sich typischerweise keine Unterschiede zur Gegenmeinung, die am Betriebssitz anknüpfen will.
- Ist im Einzelfall durch privatautonome Entscheidung eine andere Rechtsordnung berufen, greift nach Art. 30 Abs. 1 EGBGB die Vorschrift des § 613 a BGB gleichfalls ein, da sie zu den zwingenden Schutznormen gehört.³² Anderes gilt nur dann, wenn die gewählte Rechtsordnung einen identischen oder einen besseren Schutz vermittelt.
- Ist wegen engerer Verbindungen zu einem anderen Staat nach dem letzten Halbsatz von Art. 30 Abs. 2 EGBGB nicht das Recht des Arbeitsorts, sondern das Recht dieses anderen Staates maßgebend, gilt dies auch für den Betriebsübergang. Verweisen trotz der Arbeit in Deutschland deutlich mehr Anknüpfungskriterien wie gemeinsame Staatsangehörigkeit der Vertragsparteien, Sitz des Arbeitgebers, Vertragssprache usw. auf ein anderes Recht, bestimmt dieses auch, was im Falle eines Betriebsübergangs geschieht.³³ In dieser Konstellation kommt man zu unterschiedlichen Ergebnissen, je nach dem, ob man am Arbeitsvertrag oder am Betriebssitz anknüpft.

²⁸ Zum Gebot struktureller Einheitlichkeit siehe E. Lorenz, Festschrift für W. Lorenz, 1991, S. 441, 446.

²⁹ MünchKomm.-Martiny, 2. Aufl. 1990, Art. 33 EGBGB RdNr. 38; Zweigert RabelsZ 23 (1958), 657. Für die Parallele auch Richter AuR 1992, 69.

³⁰ BAG DB 1993, 647 ff.

³¹ Gamillscheg, Internationales Arbeitsrecht, S. 237; Pietzko (Fn. 20) S. 224, 225; Reithmann-Martiny, Internationales Vertragsrecht, 4. Aufl. 1988, RdNr. 735; Schaub, Arbeitsrecht-Handbuch, 7. Aufl. 1992, § 118 I 3; Wollenschläger-Frölich AuR 1990, 316; Däubler RIW 1987, 254.

³² Ebenso BAG DB 1993, 638 re. Sp.

³³ BAG DB 1993, 639 f.; siehe weiter bereits BAG DB 1990, 1666.

– § 613 a BGB ist keine Eingriffsnorm im Sinne des Art. 34 EGBGB. Sie regelt die wechselseitigen Rechte und Pflichten von Privatpersonen, bringt aber keine „Gemeininteressen“ zum Ausdruck.³⁴

b) Anwendungsbereich des § 613 a BGB

Ist auf dieser Grundlage deutsches Arbeitsvertragsrecht anzuwenden, greift nach allgemeiner Auffassung § 613 a BGB auch dann ein, wenn der neue Betriebsinhaber seinen Sitz im Ausland hat.³⁵ Eine „Selbstbeschränkung“ des § 613 a BGB auf reine Inlandssachverhalte ist in keiner Weise ersichtlich.³⁶ Derartiges würde auch gegen die EG-Richtlinie über die Wahrung von Ansprüchen der Arbeitnehmer beim Übergang von Unternehmen, Betrieben oder Betriebsteilen³⁷ verstoßen: Sie bezieht sich in ihrer ersten Begründungserwägung auf die wirtschaftliche Entwicklung, die auf einzelstaatlicher *und* gemeinschaftlicher Ebene zu Änderungen in den Unternehmensstrukturen führe, und sie verlangt in ihrem Art. 1 Abs. 2 ausschließlich, daß sich Unternehmen, Betrieb oder Betriebsteil „innerhalb des territorialen Geltungsbereichs des Vertrages befindet“ – von einer Begrenzung auf innerfranzösische, inneritalienische, innerdeutsche usw. Vorgänge ist an keiner Stelle die Rede.³⁸ Ein Wechsel des Arbeitsvertragsstatuts ist denkbar unwahrscheinlich, da ja weiter im Inland gearbeitet wird.³⁹

2. Rechtsfolgen im einzelnen

a) Tarifverträge

Der ausländische Erwerber wird in gut 99 von 100 Fällen nicht tarifgebunden sein. Verbandstarife laufen insoweit ins Leere.⁴⁰ Insofern greift § 613 a Abs. 1 Satz 2 BGB ein, wonach die Tarifnormen ein Jahr lang als

³⁴ BAG DB 1993, 640 f.

³⁵ Siehe statt aller *Kronke* IPrax 1981, 159; *Loritz* RdA 1987, 84; MünchKomm.-Schaub, 2. Aufl. 1988, § 613 a RdNr. 10; *Wollenschläger-Frölich* AuR 1990, 315.

³⁶ *Pietzko* (Fn. 20) S. 216.

³⁷ Vgl. Fn. 19.

³⁸ Ebenso *von Alvensleben*, Die Rechte der Arbeitnehmer bei Betriebsübergang im Europäischen Gemeinschaftsrecht, 1992, S. 158.

³⁹ Möglich wäre, daß durch den ausländischen Betriebserberwerber jenes Element hinzukommt, das die schon vorhandenen Beziehungen zu dem anderen Land zu deutlich überwiegender macht und so „engere Verbindungen“ im Sinne des Art. 30 Abs. 2 a. E. EGBGB begründet – eine singuläre Konstellation, auf die hier nicht näher eingegangen werden soll.

⁴⁰ Zum Vorrang der kollektivvertraglichen Weitergeltung vor § 613 a BGB siehe BAG DB 1991, 1938 und die Literaturnachweise bei *Däubler*, Tarifvertragsrecht, 3. Aufl. 1993, RdNr. 1531 Fn. 52.

zwingende Vertragsbestimmungen fortgelten.⁴¹ Beim Firmentarif ist die kollektivrechtliche Weitergeltung umstritten.⁴² Soweit auch hier § 613 a Abs. 1 Satz 2 BGB als „Auffanglösung“ eingreifen muß, könnten sich allenfalls dann Besonderheiten ergeben, wenn der ausländische Erwerber an einen ausländischen Tarifvertrag gebunden ist, dessen Geltungsanspruch sich auch auf Arbeitsverhältnisse unter deutschem Recht erstreckt – eine wenig wahrscheinliche Konstellation, die hier nicht vertieft werden soll.

b) Betriebsverfassung und Unternehmensmitbestimmung

Die bisherige betriebliche Interessenvertretung bleibt erhalten. Wird nur ein Betriebsteil abgetreten, steht dem Betriebsrat des Gesamtbetriebs ein Übergangsmandat bis zur Wahl einer neuen Interessenvertretung in dem abgespaltenen Teil zu.⁴³ Gravierender ist die Tatsache, daß eine Vertretung im Gesamt- oder Konzernbetriebsrat des bisherigen Unternehmens entfällt, ohne daß eine Kompensation im Rahmen des Erwerberunternehmens erfolgen würde: Soweit dort Organe der betrieblichen Interessenvertretung wie z. B. ein comité central d'entreprise in Frankreich existieren, ist die Handhabung vergleichbar national-introvertiert wie in der Bundesrepublik. Genauso wie wir die betrieblichen Interessenvertretungen in ausländischen Zweigstellen oder Tochtergesellschaften deutscher Unternehmen nicht an unseren Gesamt- und Konzernbetriebsräten beteiligen,⁴⁴ so wenig tun dies andere Länder. Man kann vermuten, daß hier eine Art stillschweigendes Einvernehmen zwischen der Unternehmens- und Konzernspitze und der dortigen Interessenvertretung besteht, sich die eigenen Spielräume nicht durch die Intervention weiterer Belegschaftsvertreter einengen zu lassen. Für die Betroffenen ist die Folge jedenfalls nach bisheriger Praxis eindeutig: Ihre Mitbestimmung beschränkt sich auf den betrieblichen Bereich.⁴⁵ Auch die Beteiligung an der

⁴¹ Zu der Kontroverse, ob dies für alle Tarifnormen gilt und welchen Einfluß die EG-Richtlinie insoweit hat, siehe *Däubler*, Tarifvertragsrecht, RdNr. 1535 ff.; *Kempfen* BB 1991, 2009; *Löw* (Fn. 20).

⁴² Dafür *Blank-Blanke* u. a., Arbeitnehmerschutz bei Betriebsaufspaltung und Unternehmensteilung, 2. Aufl. 1987, S. 248; *Hagemeier-Kempfen-Zachert-Zilius*, Kommentar zum TVG, 2. Aufl. 1990, § 3 RdNr. 43 u. a.; dagegen *Hanau-Vossen*, Festschrift für Hilger und Stumpf, 1983, S. 271, 297; *Wank* NZA 1987, 507 u. a.

⁴³ Die Frage ist sehr kontrovers. Ablehnend BAG AP BGB § 613 a Nr. 77. Übersicht über den Diskussionsstand bei *Trümmer*, in: *Däubler-Küttner-Klebe-Schneider* § 1 RdNr. 127.

⁴⁴ BAG AP BetrVG 1972 § 106 Nr. 1; *Fitting-Auffarth-Kaiser-Heitber*, BetrVG, § 1 RdNr. 7 m. w. N.

⁴⁵ Hat das ausländische Unternehmen in der Bundesrepublik mehrere Betriebe, ist ein Gesamtbetriebsrat, bei mehreren Tochterunternehmen ein Konzernbetriebsrat zu bilden – Nachweise bei *Däubler*, in: *Däubler-Küttner-Klebe-Schneider*

Unternehmensmitbestimmung fällt weg; andere Länder, die eine Beteiligung der Arbeitnehmervertreter in Gesellschaftsorganen kennen, sind auch auf dieser Ebene wenig „fremdenfreundlich“ und lassen die jenseits der eigenen Grenzen Beschäftigten draußen.

c) Folgen für das „abgebende Unternehmen“

Konsequenzen können sich auch für das den Betrieb abgebende Unternehmen ergeben: Möglicherweise ist die 100-Personen-Grenze für die Bildung eines Wirtschaftsausschusses nicht mehr erfüllt, eventuell werden die Schwellenwerte für die Unternehmensmitbestimmung unterschritten. Auch bei einer Konzernmutter können sich insoweit Konsequenzen ergeben: Führt das Ausscheiden der (Teil-)Belegschaft dazu, daß nach § 5 Abs. 1 Mitbestimmungsgesetz nur noch eine geringere Zahl von Arbeitnehmern hinzugerechnet wird, kann auch dort die Mitbestimmung entfallen.

Die Fusionsrichtlinie der EG⁴⁶ hat dieses Problem nur in bezug auf die unternehmerische Ebene gesehen. Die durch Art. 11 Abs. 1 dem nationalen Gesetzgeber eingeräumten Möglichkeiten beschränken sich auf die Vertretung der Arbeitnehmer in den Organen des Unternehmens.⁴⁷ Auch dort geht es nicht um volle Kompensation, sondern allein darum, im verbleibenden Unternehmen oder Konzern trotz Unterschreitens der Schwellenwerte den Status quo beizubehalten. Ein entsprechendes „Betriebsverfassungs-Beibehaltungsgesetz“ ist nicht in der Diskussion,⁴⁸ wäre aber von der Richtlinie nicht verboten, solange die Befreiung von steuerlichen Nachteilen nicht in Frage gestellt wird.

Das deutsche Recht hat bislang auch keine anderen Kompensationsmechanismen entwickelt, die einen Verlust von Partizipationsmöglichkeiten ausgleichen könnten. Dies mag im vorliegenden Fall noch hingehen, da sich entsprechende Rechtsverluste auch bei rein innerstaatlichen Sachverhalten ergeben können. So ist bislang kein Kraut dagegen gewachsen, daß bei Kauf eines Betriebs oder Betriebsteils durch ein vergleichsweise kleines Unternehmen vorher bestehende Mitbestimmungsrechte wegfallen können.

Einl. RdNr. 198. Dies ersetzt jedoch keine Mitbestimmung bei der Unternehmens- und Konzernspitze.

⁴⁶ Vgl. Fn. 7.

⁴⁷ Zu den Initiativen des deutschen Gesetzgebers siehe oben I mit Fn. 13 bis 15.

⁴⁸ Kritisch dazu auch *Kittner* in diesem Band S. 518.

III. Verlagerung des Betriebs ins Ausland

Die Verlagerung eines Betriebs in einen EG- oder einen Nicht-EG-Staat kann dem Kauf durch ein ausländisches Unternehmen nachfolgen, kommt jedoch auch dann in Betracht, wenn ein inländisches Unternehmen etwa aus Kostengründen seine Produktion verlagern will.⁴⁹ Nur dieser zweite Fall soll hier zunächst behandelt werden. Die Probleme sind dabei um einiges komplizierter als beim bloßen Kauf; die arbeitsrechtlichen Rahmenbedingungen sind in Gefahr, sich immer mehr zu verflüchtigen und zu einer reinen Hintergrundgröße zu werden.

1. Voraussetzungen einer wirksamen Verlegung

Will der Arbeitgeber seinen Betrieb von Köln nach Frankfurt oder von Aachen nach Lüttich verlegen, hat er grundsätzlich zwei Hindernisse zu überwinden.

Das erste liegt in den Verträgen der Mitarbeiter. Das Direktionsrecht gibt ihm keine Befugnis, den Arbeitsort wesentlich zu ändern; geringfügige Ortsveränderungen sind einseitig durchsetzbar, für alle anderen bedarf es einer Anpassung der Arbeitsverträge.⁵⁰ Bei Auslandsarbeit gilt dies der veränderten Umwelt wegen auch dann, wenn die Entfernung (etwa von Lindau nach Bregenz) keine Probleme bereiten würde.⁵¹

Zum zweiten muß der Arbeitgeber die Rechte des Betriebsrats beachten: In der Zuweisung des im Ausland gelegenen Arbeitsplatzes liegt eine Versetzung im Sinne des § 95 Abs. 3 BetrVG, die ein Zustimmungsverweigerungsrecht nach § 99 BetrVG auslöst. Außerdem behandelt § 111 Satz 2 Nr. 2 BetrVG die Betriebsverlegung als Betriebsänderung, so daß über Interessenausgleich und Sozialplan zu verhandeln ist. Beides gilt selbstredend nur, wenn der betreffende Betrieb über einen Betriebsrat verfügt.

Die Beteiligungsrechte des Betriebsrats bestehen unabhängig von der arbeitsvertraglichen Situation.⁵² Dennoch lassen sich beide Ebenen nicht

⁴⁹ Vgl. *Junker* (Fn. 20) S. 230: Funktionsorientierte Ausgliederung, die das Kostengefälle ausnutzt.

⁵⁰ BAG AP BGB § 613 a Nr. 81.

⁵¹ *Wollenschläger-Frölich* AuR 1990, 319; ebenso *Richter* AuR 1992, 72; *Schaub*, Arbeitsrechts-Handbuch, § 45 III 3 (S. 260) sowie bei Entsendung ins Ausland *Däubler* AuR 1990, 5; *Isele*, Festschrift für Ficker, 1967, S. 244 ff. Allgemein zu den Inhaltsschranken des Direktionsrechts *Söllner*, in: *Hromadka* (Hrsg.), Änderung der Arbeitsbedingungen, 1989, S. 13 ff.

⁵² *Dietz-Richardi*, BetrVG, 6. Aufl. 1982, § 111 RdNr. 49; *Fitting-Auffarth-Kaiser-Heitber*, BetrVG, § 111 RdNr. 25.

völlig getrennt sehen, da nach der Rechtsprechung des BAG eine Betriebsverlegung nur dann vorliegt, wenn ein größerer, die Identität des Betriebs sichernder Teil der Belegschaft am neuen Standort weiterarbeitet.⁵³ Von daher empfiehlt es sich, im folgenden zu differenzieren. Folgt ein relevanter Teil der Belegschaft dem Arbeitgeber an den neuen Standort, liegt definitiv eine Verlegung vor, die eine Reihe kollisionsrechtlicher Probleme aufwirft (unten 2). Verweigert sich die große Mehrzahl der Beschäftigten, liegt möglicherweise eine Stilllegung am alten Standort vor (unten 3). Schließlich ist der Fall denkbar, daß die Mehrzahl der Betroffenen zwar „mitgehen“ will, jedoch nicht zu den vom Arbeitgeber angebotenen Bedingungen. Inwieweit hat in solchen Fällen bei Annahme unter Vorbehalt eine Änderungschutzklage nach § 2 KSchG Aussicht auf Erfolg? (unten 4).

2. Betriebsverlegung mit Unterstützung der Belegschaft

a) Statutenwechsel

Finden sich viele Arbeitnehmer – etwa mangels zumutbarer Alternative auf dem Arbeitsmarkt – bereit, im Ausland weiterzuarbeiten, so ändert sich für sie in vielen Fällen das anwendbare Arbeitsrecht. Was das Arbeitsvertragsstatut betrifft, so liegt der Hauptanknüpfungspunkt, d. h. der gewöhnliche Arbeitsort, nunmehr in einem anderen Staat. Nach der Regel des Art. 30 Abs. 2 Nr. 1 EGBGB findet deshalb grundsätzlich dessen Arbeitsvertragsrecht Anwendung. Eine Ausnahme gilt dann, wenn nach Art. 30 Abs. 1 EGBGB ausdrücklich die Weitergeltung des deutschen Rechts vereinbart wurde oder wenn den Umständen nach trotz des ausländischen Arbeitsorts „engere Verbindungen“ zu Deutschland bestehen: Dies kann etwa dann der Fall sein, wenn der Arbeitgeber seinen Sitz in der Bundesrepublik hat, der Arbeitnehmer Deutscher ist und der Arbeitseinsatz weithin von hier aus geplant wird.⁵⁴ Im Normalfall wird mehr für einen Statutenwechsel sprechen.

Was die Geltung von Tarifverträgen angeht, so muß man unterscheiden. Unterliegt das Arbeitsverhältnis weiterhin deutschem Recht, kann sich unbestrittenmaßen auch der einschlägige Tarifvertrag auf ein solches im Ausland vollzogenes Arbeitsverhältnis erstrecken.⁵⁵ Ob er dies definitiv

⁵³ BAG AP BGB § 613a Nr. 67 Bl. 3 R. Kritisch dazu *Schmalenberg* Beilage 3/1989 zu NZA S. 20.

⁵⁴ Zu den dabei zu berücksichtigenden Elementen siehe BAG DB 1990, 1666 und BAG DB 1993, 639 f.

⁵⁵ Ständige Rechtsprechung seit RAGE 11, 100. Siehe zuletzt BAG NZA 1991, 387 und BAG DB 1992, 98, das auch den Abschluß von Tarifverträgen ausschließlich für Auslandsmitarbeiter zuläßt.

tun will, ist eine Frage seines räumlichen Geltungsbereichs, über den die Tarifparteien frei verfügen. Ist nichts Ausdrückliches bestimmt, wird sich meist aus den Umständen ergeben, daß das Tarifniveau arbeitsvertraglich nicht unterschritten werden soll.⁵⁶ Findet demgegenüber ausländisches Arbeitsvertragsrecht Anwendung, könnten zwar deutsche Tarifverträge nach einer im Vordringen begriffenen Auffassung gleichfalls eingreifen,⁵⁷ doch müßte dies – da bisher völlig unüblich – ausdrücklich festgelegt sein. Nach der bisherigen Praxis geht der Tarifschutz verloren; auch wird man nicht unterstellen können, daß der nunmehr dem ausländischen Recht unterliegende Arbeitsvertrag quasi ohne weiteres auf einen deutschen Tarifvertrag verweist.

Im Bereich der Betriebsverfassung und der Unternehmensmitbestimmung ist der Rechtsverlust nach bisheriger Auffassung vorprogrammiert. Das Territorialitätsprinzip schließt es aus, daß in ausländischen Betrieben das BetrVG zur Geltung kommt und Betriebsräte amtieren werden. Auch eine Beteiligung an der Unternehmensmitbestimmung soll grundsätzlich ausscheiden.⁵⁸ Eine Ausnahme wird nur bei der sog. Ausstrahlung gemacht, die im Regelfall nicht vorliegen dürfte.⁵⁹ Der Belegschaft steht es frei, eine Interessenvertretung des ausländischen Rechts zu wählen, sofern die gesetzlichen oder tariflichen Voraussetzungen im Einzelfall erfüllt sind.

b) Grenzen des Statutenwechsels

Der weitgehende oder völlige Wegfall aller Sicherungen des deutschen Arbeitsrechts und die Überantwortung der Beschäftigten an eine (gute oder schlechte) ausländische Rechtsordnung wirkt insofern Probleme auf, als ein vergleichbar weitgehender Eingriff in den Status quo weder durch normale Vertragsänderung noch durch Rechtswahlvereinbarung im Sinne des Art. 30 Abs. 1 EGBGB erreichbar wäre. Soll die Zustimmung des Ar-

⁵⁶ Däubler, Tarifvertragsrecht, RdNr. 1670, 1671.

⁵⁷ Siehe etwa *Birk* RdA 1984, 136; *Hagemeyer-Kempen-Zachert-Zilius* § 4 RdNr. 65; *Hanschka-Hensler* NZA 1988, 599; *Hergenroder*, Der Arbeitskampf mit Auslandsberührung, 1987, S. 211; *Walz*, Multinationale Unternehmen und internationaler Tarifvertrag. Eine arbeitskollisionsrechtliche Untersuchung, 1981; *Wimmer*, Die Gestaltung internationaler Arbeitsverhältnisse durch kollektive Normenverträge, 1992, S. 198 ff.; a. A. *Löwisch-Rieble*, TVG, 1992, Grundl. RdNr. 72; *Wiedemann-Stumpf*, Tarifvertragsgesetz, 5. Aufl., 1977, § 1 RdNr. 34 sowie insbesondere BAG AP TVG § 1 Nr. 30 Tarifverträge: Bau.

⁵⁸ Siehe die Nachweise bei *Fitting-Auffarth-Kaiser-Heither*, BetrVG, § 76 BetrVG 1952 RdNr. 19.

⁵⁹ Zu den Kriterien für das Vorliegen einer Ausstrahlung siehe im einzelnen BAG DB 1990, 992, wonach mit Recht nicht mehr auf den nur vorübergehenden Charakter der Auslandstätigkeit abgestellt wird.

beitnehmers zu dem neuen Arbeitsort einen tiefgehenden Wandel bewirken als die ausdrückliche Vereinbarung einer anderen Rechtsordnung? Besteht nicht die Gefahr, daß in einer ganzen Reihe von Fällen der Weg über den ausländischen Arbeitsort nur gewählt wird, um inländische Sozialstandards auf elegante Weise abzuschütteln? Die Instrumente zur Bekämpfung einer Gesetzesumgehung sind zu stumpf, um hier etwas ausrichten zu können.⁶⁰

Daß es auch im Arbeitsrecht einen Statutenwechsel geben kann und daß das neue Recht nicht notwendigerweise günstiger als das alte ist, läßt sich schwerlich bestreiten.⁶¹ Wenn das Kollisionsrecht an einer „beweglichen Größe“ wie dem Arbeitsort anknüpft, ist damit automatisch die Konsequenz verbunden, daß sich dessen Änderung auch bei der anwendbaren Rechtsordnung auswirken kann.⁶² Die Frage bezieht sich deshalb nicht auf das Ob, sondern auf das Wie: Läßt sich der Statutenwechsel so ausgestalten, daß der Gedanke des Vertrauensschutzes und andere elementare Anforderungen der Verfassung beachtet werden? M.E. kommen zwei Lösungsansätze in Betracht: Die Beschränkung der Wirkungen des Statutenwechsels und der Ausgleich von Nachteilen über Interessenausgleich und Sozialplan nach §§ 111 ff. BetrVG.

Ein Statutenwechsel führt keineswegs generell dazu, daß der in diesem Moment existierende Bestand an Rechten ersatzlos unterginge. So läßt etwa Art. 7 Abs. 2 EGBGB eine einmal erlangte Rechtsfähigkeit oder Geschäftsfähigkeit bestehen, auch wenn das Personalstatut wechselt; Rechte an beweglichen Sachen bleiben erhalten, sofern sie nicht dem neuen Recht widersprechen.⁶³ Art. 26 Abs. 5 EGBGB läßt Verfügungen von Todes wegen bestehen, wenn sie im Zeitpunkt ihrer Errichtung gültig waren, auch wenn sie den Anforderungen des im Todeszeitpunkt maßgebenden Rechts nicht entsprechen. Art. 220 EGBGB läßt für „abgeschlossene Vorgänge“ aus der Zeit vor dem 1. September 1986 das bisherige Kollisionsrecht maßgebend sein mit der Folge, daß auch hier ein gewisser Bestandsschutz eintritt.

⁶⁰ Zu einer Ausnahme im Bereich der Billig-Flaggen LAG Baden-Württemberg RIW 1981, 272 = IPRspr 1980 Nr. 51.

⁶¹ So auch *Birk*, MünchArbR, § 19 RdNr. 55; *Junker* (Fn. 20) S. 232; *Kreitner* (Fn. 23) S. 260; *Kronke* Netherlands International Law Review XXXVI (1989), S. 10. Im übrigen trat ein massenhafter Statutenwechsel am 3. 10. 1990 für die Arbeitnehmer in den neuen Bundesländern ein.

⁶² Zur Unterscheidung zwischen „unbeweglicher“ und „beweglicher“ Anknüpfung siehe *Keller-Siebr*, Allgemeine Lehren des internationalen Privatrechts, 1986, S. 397 ff.

⁶³ *Kegel*, Internationales Privatrecht, 6. Aufl. 1987, § 19 III.

Daraus läßt sich zwar kein allgemeiner Rechtsgrundsatz ableiten,⁶⁴ doch verweisen die Beispiele auf die Notwendigkeit, auch im Arbeitsrecht, das unter dem Stichwort „Statutenwechsel“ nur wenig Erwähnung gefunden hat, keinen Ablösungsschematismus zu praktizieren.⁶⁵ Vielmehr scheint es zwingend geboten, wenigstens diejenigen Grundsätze über die Ablösung einer „besseren“ durch eine „schlechtere“ Ordnung anzuwenden, die unmittelbar aus dem Grundgesetz abgeleitet werden. Dies bedeutet insbesondere, daß nicht nur erworbene Ansprüche auf Zahlung von rückständigem Lohn oder Anwartschaften auf eine betriebliche Altersversorgung erhalten bleiben, sondern daß den Grundsätzen über die Behandlung der sog. unechten Rückwirkung entsprechend⁶⁶ im Einzelfall abzuwägen ist, ob das Kontinuitätsinteresse des Arbeitnehmers oder das Veränderungsinteresse des Arbeitgebers den Vorrang haben soll. Dies bedeutet, daß z. B. eine einmal erreichte Unkündbarkeit nicht mehr entzogen werden kann⁶⁷ und daß auch eine drastische Absenkung des Lohnes um 30 oder 40 % nicht in Betracht kommt.⁶⁸ Auf der anderen Seite dürfte es schwerfallen, in bezug auf die Existenz eines Betriebsrats oder gar der Unternehmensmitbestimmung ein vorrangiges Bestandsschutzinteresse der Belegschaft zu begründen, da man auch bei rein innerstaatlichen Sachverhalten nicht immer mit der Existenz einer solchen Interessenvertretung rechnen kann. Soweit es um den Schutz vertraglicher Positionen geht, ist der Arbeitgeber verpflichtet, in den Formen des neuen Rechts für entsprechende Gestaltungen zu sorgen. In aller Regel bietet zumindest die Individualvertragsfreiheit hier ausreichende Möglichkeiten.⁶⁹

Werden die durch den Statutenwechsel eingetretenen Nachteile nicht durch die skizzierten Bestandsschutzregeln aufgefangen, erleiden die betroffenen Arbeitnehmer Nachteile, die im Wege des Sozialplans auszugleichen sind. Dieser könnte beispielsweise für eine kürzere oder längere

⁶⁴ Skeptisch auch *Keller-Siebr* (Fn. 62) S. 418 ff.

⁶⁵ Dagegen wohl auch *Birk*, MünchArbR, § 19 RdNr. 57. Zur Gefahr der „Teilausbürgerung“ von Arbeitnehmern s. den Beitrag von *Kittner* in diesem Band S. 517.

⁶⁶ BVerfGE 30, 250, 268; 48, 403, 415 ff.

⁶⁷ So für die Ablösung eines Tarifvertrags durch einen anderen BAG AP TVG § 4 Nr. 11 Günstigkeitsprinzip.

⁶⁸ Vgl. BAG DB 1990, 1096, wonach der nachträgliche Wegfall des Vorruhestandsgeldes ab dem 63. Lebensjahr (und damit die Verweisung auf die Altersrente) gegen die Grundsätze über die unechte Rückwirkung verstößt.

⁶⁹ Vgl. BAG DB 1992, 99, wonach der Arbeitgeber verpflichtet ist, einen Firmentarif bei seinem ausländischen Tochterinstitut notfalls mit Hilfe arbeitsvertraglicher Abmachungen durchzusetzen, wenn das ausländische Recht die normative Wirkung eines deutschen Tarifvertrags nicht anerkennen würde.

Zeit Fortzahlung der deutschen Bezüge vorsehen, aber beispielsweise auch eine private Krankenversicherung vorsehen, die in vielen Ländern unabdingbar ist, um im Ernstfall ein dem deutschen Niveau vergleichbares Maß an ärztlicher Versorgung zu erhalten. Daneben kommen Tarifverträge in Betracht, durch die eine zusätzliche Interessenvertretung gegenüber der deutschen Unternehmens- oder Konzernspitze geschaffen werden kann.⁷⁰

3. Die sich verweigernde Belegschaft

Lehnt es die Belegschaft in ihrer Mehrheit ab, an dem neuen ausländischen Standort tätig zu werden, so ist die Verlegung nach Auffassung des BAG⁷¹ mißlungen. Wenn die Produktion im Inland nicht mehr fortgeführt werden soll, liegt eine Betriebsstillegung vor, die eine Kündigung aus dringenden betrieblichen Erfordernissen rechtfertigt. Es ist Sache des Betriebsrats, in einem solchen Fall über Interessenausgleich und Sozialplan zu verhandeln.

4. Die prozessierende Belegschaft

Geht es um eine Verlegung im grenznahen Bereich, bietet jedoch der Arbeitgeber deutlich schlechtere Bedingungen an, so kann die Situation eintreten, daß sehr viele Belegschaftsangehörige durchaus zum Mitkommen bereit wären, dies aber nur unter Wahrung ihres bisherigen Standards tun wollen. Der Arbeitgeber ist in einer solchen Situation gehalten, eine Änderungskündigung auszusprechen; das Arbeitsverhältnis definitiv auflösen zu wollen, wäre ein Übermaß.⁷² Entspricht das Änderungsangebot nicht den Vorstellungen der Beschäftigten, können diese unter Vorbehalt annehmen und im Rahmen des Kündigungsschutzverfahrens nach § 2 KSchG prüfen lassen, ob die beabsichtigte Veränderung ihrer Arbeitsbedingungen zumutbar ist.⁷³ Dabei sind dieselben Maßstäbe wie bei sonstigen Änderungskündigungen zugrunde zu legen. Das Bedürfnis nach Absenkung der Lohnkosten reicht nur dann aus, wenn andere Maßnahmen zur Verbesserung der Rentabilität des Unternehmens ausgeschöpft sind.⁷⁴ Dabei müssen besonders strenge Maßstäbe angelegt werden, wenn das deutsche Tarifniveau unterschritten werden soll.

⁷⁰ Däubler, Tarifvertragsrecht, RdNr. 1675 m. w. N.

⁷¹ BAG AP BGB § 613a Nr. 67 Bl. 3 R. Siehe weiter *Fitting-Auffarth-Kaiser-Heithier*, BetrVG, § 111 RdNr. 26.

⁷² Vgl. BAG DB 1985, 1186.

⁷³ Zum Prüfungsmaßstab im einzelnen siehe BAG BB 1983, 1414.

⁷⁴ Dazu KR-Rost, 3. Aufl. 1989, § 2 KSchG RdNr. 107a.

Bleibt das Angebot des Arbeitgebers hinter diesem Minimum zurück, stellt das Arbeitsgericht den Fortbestand der bisherigen Arbeitsbedingungen fest. Dies gilt auch dann, wenn sich die Betroffenen überhaupt nicht auf das Angebot eingelassen haben und direkt gegen die Kündigung vorgegangen sind.

Die Annahme unter Vorbehalt mit anschließendem Gerichtsverfahren kann dazu führen, daß die Betroffenen sehr viel besser dastehen, als wenn sie sich ohne nähere Abrede hätten versetzen lassen. Auch dies ist eine Differenzierung, die bei rein innerstaatlichen Vorgängen zwar nicht alltäglich ist, aber durchaus vorkommen kann.

IV. Zusammenfallen von Betriebsübergang und Verlagerung

1. Der Grundsatz

Der Aufkauf eines deutschen Betriebes durch ein ausländisches Unternehmen kann sich so vollziehen, daß der Betrieb zunächst am alten Standort ein bis zwei Monate fortgeführt und dann in ein anderes Land verlagert wird. Rechtlich bedeutet dies, daß zunächst die unter II beschriebenen Rechtsfolgen eintreten und dann – je nach Verhalten der Arbeitnehmerseite – eine Verlegung oder eine Stilllegung im Rechtssinne folgt. An dieser Situation kann sich dadurch nichts ändern, daß die Verlegung zeitlich immer näher an den Betriebsübergang heranrückt; selbst dann, wenn der Erwerber sofort nach Übernahme des Kommandos mit der Verlegung beginnt, bleibt es bei den bisher beschriebenen Rechtsfolgen. Nur in dem Fall, daß der Veräußerer auch für den Verlagerungsvorgang zuständig und verantwortlich bleibt,⁷⁵ und die Übergabe erst am Zielort erfolgt, verhält es sich anders – eine wenig wahrscheinliche Konstellation, die allein nach den unter III entwickelten Grundsätzen abzuwickeln ist.

Das BAG hat in dem erwähnten Fall des PVC-Herstellers⁷⁶ den Betriebsübergang nicht von der Betriebsverlagerung getrennt und hat auch den ersteren daran scheitern lassen, daß die Beschäftigten nicht in Lyon weiterarbeiten wollten. Dies erweckt nicht nur deshalb Bedenken, weil – wie hier gezeigt – bei einer zeitlichen Entzerrung das Ergebnis ein anderes wäre. Viel gewichtiger ist der Einwand, daß mit dieser Rechtsprechung

⁷⁵ Entscheidender Zeitpunkt für den Betriebsübergang ist die Übertragung der Leitungsmacht: BAG NZA 1989, 679.

⁷⁶ Vgl. Fn. 3.

dem § 613 a BGB ein neues Tatbestandsmerkmal („... soweit die Arbeit nach dem Arbeitsvertrag auch am neuen Ort erbracht werden kann“) hinzugefügt wird. Dies ist aber nicht Sinn der Vorschrift: Sie will Inhalt und Bestand des Arbeitsverhältnisses in dem Zustand schützen, der im Zeitpunkt des Betriebsübergangs bestand. „Paßt“ die eine oder andere Vertragsbedingung nicht, ist es Sache des Erwerbers, durch Verhandlungen mit den betreffenden Arbeitnehmern und notfalls durch (Änderungs-)Kündigungen eine Angleichung an die veränderten Umstände herbeizuführen.⁷⁷ Auch erscheint es wenig systemgerecht, daß nur diejenigen Arbeitnehmer in den Genuß des § 613 a BGB kommen, die zu einer Änderung ihres Arbeitsvertrags bereit sind: Damit muß das Eingreifen einer Schutzvorschrift, die für alle anderen Arbeitnehmer automatisch gilt, erst durch „Konzessionen“ erreicht werden. Schließlich ist nicht ausreichend bedacht, daß der Verlegung im Sinne des § 111 Satz 2 Nr. 2 BetrVG ein anderer Betriebsbegriff zugrundeliegt als dem Betriebsübergang nach § 613 a BGB: Während im ersten Fall die Belegschaft dazugehört, kommt es bei § 613 a BGB allein auf den Übergang der sächlichen und immateriellen Betriebsmittel an; der Übergang der Arbeitsverhältnisse und damit auch das „Mitgehen“ der Arbeitnehmer ist hier nur eine Rechtsfolge.⁷⁸

Im Regelfall ist es daher Sache des Erwerbers, mit den Arbeitnehmern darüber zu verhandeln, ob sie am neuen Standort weiterarbeiten wollen oder nicht.

2. Die Wirkung des § 613 a BGB bei Statutenwechsel

Beginnt der Erwerber sofort mit der Verlagerung und tritt für die zum neuen Standort wechselnden Beschäftigten ein Statutenwechsel ein, so wäre die zwingende Weitergeltung der bisherigen Arbeitsbedingungen von einem Moment auf den anderen beseitigt. Innerhalb der EG ist denkbar, daß das Empfängerland aufgrund seiner Vorschriften über den Betriebsübergang die entstandenen Rechte wahrt. Eine Sicherheit in dieser Richtung besteht nicht; soweit ersichtlich, hat sich auch die deutsche Literatur über den umgekehrten Fall noch keine Gedanken gemacht, ob § 613 a BGB eigentlich eingreifen kann, wenn ein ausländischer Betrieb in die Bundesrepublik verlegt wird und daraufhin nach Art. 30 Abs. 2 Nr. 1 EGBGB deutsches Arbeitsvertragsrecht Anwendung findet. Erst recht ist

⁷⁷ Kritisch auch Richter AuR 1992, 70; Schmalenberg Beilage 3/1989 zu NZA S. 20; Wollenschläger-Frölich AuR 1990, 317.

⁷⁸ Den eingeschränkten Betriebsbegriff im Sinne des § 613 a BGB betont auch BAG AP BGB § 613 a Nr. 81 Bl. 3 R, ohne daraus allerdings Konsequenzen zu ziehen.

unwahrscheinlich, daß bei einer Verlegung in Drittstaaten eine solche nahtlose Fortsetzung der bisherigen Rechtslage möglich ist. Innerhalb der EG wäre ein ersatzloser Wegfall des § 613 a BGB durch Statutenwechsel allerdings ein Verstoß gegen die Richtlinie über den Schutz erworbener Rechte bei Betriebsübergang und Fusion.⁷⁹ Diese erfaßt auch grenzüberschreitende Betriebsübergänge: Die erste Begründungserwägung wie auch die Umschreibung des Anwendungsbereichs in Art. 1 Abs. 2 spricht nicht nur dafür, daß ausländische Erwerber erfaßt sind,⁸⁰ sondern auch dafür, daß die Staatsgrenzen (die immer noch Rechtsgrenzen sind) insoweit keine Rolle spielen.⁸¹

Der einfachste und klarste Weg, dieser gemeinschaftsrechtlichen Vorgabe Rechnung zu tragen, läge darin, den Statutenwechsel für ein Jahr aufzuschieben. Entsprechende Überlegungen wurden im Rahmen des Vorentwurfs der Richtlinie angestellt, jedoch nicht in den endgültigen Text übernommen.⁸² Da auch das (im Rahmen der EG entstandene) Europäische Übereinkommen über das auf vertragliche Schuldverhältnisse anzuwendende Recht vom 19. Juni 1980,⁸³ das der Neufassung unseres Kollisionsrechts im Jahre 1986 zugrundeliegt, keinen entsprechenden Vorbehalt kennt, fällt ein solches nachträgliches „Hineinlesen“ schwer. Möglich wäre jedoch, an den Auswirkungen des Statutenwechsels anzusetzen, und ihn ähnlich wie bei der Berücksichtigung der Regeln über die sog. unechte Rückwirkung „abzufedern“. Dies bedeutet, daß sich der neue Arbeitgeber nur dann auf den Statutenwechsel berufen kann, wenn er innerhalb der nunmehr geltenden Rechtsordnung durch vertragliche Vereinbarung einen Bestandsschutz geschaffen hat, der dem des § 613 a BGB im wesentlichen entspricht.⁸⁴ Nach Ablauf eines Jahres sind die Beteiligten frei, im Rahmen der ausländischen Rechtsordnung die für sie in Frage kommenden Vereinbarungen zu treffen.

Alle weiteren Probleme beantworten sich in gleicher Weise, wie wenn der Betrieb ohne Wechsel des Inhabers in ein anderes Land verlegt worden wäre.⁸⁵

⁷⁹ Vgl. Fn. 7.

⁸⁰ Dazu oben II 1 b.

⁸¹ Ebenso von Alvensleben (Fn. 38) S. 156 ff.; Däubler, Tarifvertragsrecht, RdNr. 1690; Richter AuR 1992, 67; anders Junker (Fn. 20) S. 239, ohne sich allerdings mit der Richtlinie auseinanderzusetzen.

⁸² Dazu von Alvensleben (Fn. 38) S. 98; Kronke NILR XXVI (1989), S. 3.

⁸³ ABl. vom 9. 10. 1980, Nr. L 266/1.

⁸⁴ Damit erledigen sich auch die Bedenken Junkers (Fn. 20) S. 239, der den Betriebsübergang wie die Verlegung des Gesellschaftssitzes behandelt.

⁸⁵ Dazu oben III.

V. Ausblick

Der Kauf deutscher Betriebe durch ausländische Unternehmen ist solange aus arbeitsrechtlicher Sicht unbedenklich, wie weiter in der Bundesrepublik gearbeitet wird. Wenn der Maschinenpark oder die Vertriebszentrale ins Ausland verlagert wird, läßt sich ein Wegfall des bisherigen Schutzstandards meist hinauszögern, nicht verhindern. Dies ist solange hinnehmbar, wie es um singuläre Fälle geht. Die im Gefolge der Fusionsrichtlinie beschlossene Änderung des Steuerrechts kann jedoch dazu führen, daß Derartiges zu einer Alltagserscheinung wird. Auch das Lohngefälle zu Osteuropa schafft insoweit neue Risiken.

Das Fernziel gleichwertiger Arbeitsbedingungen in allen EG-Staaten und darüber hinaus ist ebenso beifallswert wie (derzeit) unerreichbar. In der Gegenwart bleibt deshalb nur das Ziel, einer Erosion des Arbeitsrechts entgegenzuwirken. Gesetzgeber und Gerichte sind in gleicher Weise aufgerufen, jene Ordnung zu verteidigen, um die sich *Otto Rudolf Kissel* so verdient gemacht hat.

EBERHARD DORNDORF

Das Verhältnis von Tarifautonomie und individueller Freiheit als Problem dogmatischer Theorie

Das überkommene Tarifvertragssystem ist, wie der Jubilar in anderem Zusammenhang betont hat, ein hohes Gut, das nicht ausgehöhlt werden darf.¹ In der Diskussion um die Deregulierung des Arbeitsmarkts wird das Tarifvertragsrecht denn auch meist nicht grundsätzlich in Frage gestellt. Es werden jedoch Einwände und Änderungsvorschläge geltend gemacht, die – würde der Gesetzgeber oder die Rechtsprechung sie aufgreifen – das Bild der Arbeitsrechtsordnung erheblich verändern würden.² Insbesondere ist im Zusammenhang mit der Tarifpolitik zur Arbeitszeit gefordert worden, vom Tarifvertrag abweichende Arbeitszeitvereinbarungen für wirksam zu erklären, insbesondere das Günstigkeitsprinzip anders als bisher zu interpretieren. Begründet werden solche Vorschläge mit dem Ziel, die Freiheit des Individuums gegenüber kollektiven Mächten stärker zu schützen. Da die diskutierten Eingriffe, würden sie verwirklicht, tiefer in das Tarifvertragssystem einschneiden würden, als man beim ersten Blick in die Literatur vielleicht meinen mag, erscheint es zweckmäßig, sich der dogmatischen Grundlagen³ zu vergewissern, auf denen sich die Diskussion bewegt. Dies gilt erst recht für rechtspolitische Vorschläge, denn ohne die Kenntnis des inneren Zusammenhangs der Rechtsnormen weiß die Rechtspolitik nicht, was sie tut.

Im folgenden sollen zunächst unter I. die Aussagen des BVerfG über den Zweck der Tarifautonomie erörtert werden. Unter II. sollen drei

¹ *Kissel*, Das Spannungsfeld zwischen Betriebsvereinbarung und Tarifvertrag, NZA 1986, 73 ff.

² Zu dieser Diskussion vgl. nur: *Bengelsdorf* ZfA 1990, 563 ff.; *Buchner* DB 1990, 1715 ff.; *Däubler* DB 1989, 2534; *Heinze* NZA 1991, 329 ff.; v. *Hoyningen-Huene/Meyer-Krenz* ZfA 1988, 293 ff., 311; *Joost* ZfA 1984, 173 ff.; *Käppler* NZA 1991, 945 ff.; *Linnenkohl-Rauschenberg-Reh* BB 1990, 628 ff.; *Löwisch* BB 1991, 59 ff.; *ders.* DB 1989, 1185 ff.; *ders.* NZA 1989, 959 ff.; *Loritz* ZfA 1990, 133 ff.; *Neumann* NZA 1990, 961 ff.; *Richardi* ZfA 1990, 211 ff.; *Waltermann* NZA 1991, 954 ff.; *Zachert* DB 1990, 986 ff.; *Zöllner* DB 1989, 2121 ff.; *ders.* ZfA 1988, 265 ff.; sowie die Beiträge in *Hromadka* (Hrsg.), Arbeitszeitrecht im Umbruch, 1988.

³ Hierzu besonders umfassend und die Diskussion vertiefend zuletzt *Käppler* NZA 1991, 745 ff.