

# **Grenzüberschreitende Verlagerung von Betrieben und Betriebsteilen**

**Die Situation in der Bundesrepublik Deutschland**

**Bericht**

**erstattet von**

**Prof. Dr. Wolfgang Däubler, Universität Bremen**

# I. Der wirtschaftliche Sachverhalt

## 1. Die Internationalisierung der deutschen Wirtschaft

Die deutsche Wirtschaft ist in hohem Maße internationalisiert. Dies betrifft nicht nur den Export und Import von Waren. Auch die Direktinvestitionen in anderen Ländern, d. h. Beteiligungen an Unternehmen mit mindestens 25 %, erreichen einen hohen Umfang: Nach Feststellungen der Deutschen Bundesbank gab es schon im Jahre 2016 insgesamt 27.594 ausländische Unternehmen, die von Investoren aus Deutschland (mit-)kontrolliert wurden. Mit 5,272 Mio. Beschäftigten erwirtschafteten sie einen Umsatz von über 2 Billionen Euro.

<https://www.bundesbank.de/Redaktion/DE/Downloads/Statistiken/Aussenwirtschaft/Auslandsunternehmenseinheiten-fats/2016-11-struktur-und-taetigkeit-von-auslandsunternehmenseinheiten-fats.pdf?--blob=publicationFile> (Abfrage am 27. 8. 17).

Die Summe ausländischer Direktinvestitionen deutscher Unternehmen betrug Ende 2016 insgesamt 1.100 Mrd. Euro, denen lediglich 500 Mrd. Euro ausländische Direktinvestitionen in Deutschland gegenüber standen.

<https://www.bundesbank.de/de/statistiken/aussenwirtschaft/direktinvestitionen/-/bestandsangaben-> (Abruf am 25. 8. 19)

Außerdem arbeiteten im Juni 2017 insgesamt 3,470 Mio. ausländische Arbeitnehmer in der Bundesrepublik.

<https://statistik.arbeitsagentur.de/Statistikdaten/Detail/201712/analyse/analyse-d-arbeitsmarkt-auslaender/analyse-d-arbeitsmarkt-auslaender-d-0-201712-pdf.pdf>  
(sozialversicherungspflichtig Beschäftigte – Abruf am 25.4.2019).

Bis September 2020 war diese Zahl auf 4,36 Mio. gestiegen, was einen Anteil von 12,9 % aller sozialversicherungspflichtig Beschäftigten in der Bundesrepublik ausmachte.

[https://statistik.arbeitsagentur.de/SiteGlobals/Forms/Suche/Einzelheftsuche\\_Formular.html?nn=25122&topic\\_f=analyse-d-arbeitsmarkt-auslaender](https://statistik.arbeitsagentur.de/SiteGlobals/Forms/Suche/Einzelheftsuche_Formular.html?nn=25122&topic_f=analyse-d-arbeitsmarkt-auslaender)  
(17.6.21).

Diese Angaben machen die internationale Verflechtung der deutschen Wirtschaft deutlich, enthalten aber keine Aussage darüber, welchen Anteil „Verlagerungen“ an den deutschen Direktinvestitionen im Ausland oder an den ausländischen Direktinvestitionen im Inland haben. Auch bleibt offen, inwieweit ausländische Arbeitnehmer im Rahmen einer Verlagerung nach Deutschland entsandt wurden oder inwieweit es allein um eine Zuwanderung, z. B. im Rahmen der Arbeitnehmerfreizügigkeit in der EU, ging. Selbst wenn die Verlagerungen nur einen kleinen Teil der gesamten Internationalisierungsvorgänge ausmachen, wäre die quantitative Dimension immer noch beträchtlich.

## **2. Gründe für Auslandsinvestitionen**

Tätigt ein deutsches Unternehmen Auslandsinvestitionen, so können damit unterschiedliche Vorstellungen verbunden sein. Wichtigste Gründe sind geringere Produktionskosten, insbesondere ein niedrigeres Lohnniveau. Daneben steht oft das Bemühen um eine größere Marktnähe; wer vor Ort ist, kann den Absatzmarkt leichter bedienen und bisweilen sogar mit der Aussage „Im Inland hergestellt“ werben.

Zielregionen für Verlagerungen von Deutschland aus sind zu 50 % osteuropäische Länder (wobei Tschechien einen Anteil von 23 % und Ungarn einen Anteil von 12 % ausmacht). China kommt auf 27 %, „Sonstige“ auf 23 %, wobei unter ihnen Lateinamerika den größten Anteil ausmacht.

So die Mitteilung in der Zeitschrift „Bilanzierung, Rechnungswesen und Controlling“, abrufbar unter <https://rsw.beck.de/cms/?toc=BC.960&docid=137679> (12.9.2022)

Betriebe oder bestimmte Unternehmensfunktionen ins Ausland zu verlagern, wird seit geraumer Zeit nicht mehr nur als Gelegenheit zur Kostenminimierung gesehen. Vielmehr wird auch auf Risiken hingewiesen, die etwa in Koordinationsproblemen zwischen den betrieblichen Einheiten, in einer schlechteren Qualität der Produkte sowie darin liegen,

dass die Lohnkosten auch im Gastland erheblich steigen können (was insbesondere in China der Fall war).

Noch immer aktuell: Steffen Kinkel: Wer Produktion ins Ausland verlagert, verschenkt Verbesserungspotentiale im Inland.

Flexibilität und Produktivität sind angesichts des Arbeitsplatzabbaus bei Produktionsverlagerungen kritisch zu hinterfragen, Fraunhofer Institut für Systemtechnik und Innovationsforschung (ISI) 1996, abrufbar unter <https://www.isi.fraunhofer.de/content/dam/isi/dokumente/modernisierung-produktion/erhebung1995/pi2.pdf> (12.9.2022). Ähnlich eine schweizerische Studie: [https://www.swissinfo.ch/ger/heimkehr-der-produktion\\_usa-und-italien-vorreiter-bei-der-rueckfuehrung-von-produktionsstaetten/43187380](https://www.swissinfo.ch/ger/heimkehr-der-produktion_usa-und-italien-vorreiter-bei-der-rueckfuehrung-von-produktionsstaetten/43187380) (12.9.2022)

### **3. Formen der Verlagerung**

#### **a) Betriebsübergang und andere Formen**

Die Verlagerung vollzieht sich im Regelfall nicht in der Weise, dass ein Betrieb oder Betriebsteil in Deutschland abgebaut und am neuen Standort z. B. in Tschechien in gleicher Weise wieder aufgebaut wird. Vielmehr geht es darum, dass eine bestimmte Funktion wie „Erstellung des Endprodukts“ oder „Herstellung der Komponente X“ oder „Vertrieb“ am neuen Standort erfüllt wird und gleichzeitig die entsprechenden Betriebe oder Betriebsteile im Inland geschlossen werden. Je nach Gegenstandsbereich wäre der Transport von Maschinen und die Wiedererrichtung derselben Organisation sehr aufwendig. Eine Neugründung im Ausland hat zudem den Vorteil, dass man erkannte Fehler unschwer beseitigen und sich besser an die Umstände im Gastland anpassen kann. Dazu kommt, dass die Beschäftigten in aller Regel keinerlei Neigung zeigen, ihren Lebensmittelpunkt in ein anderes Land zu verlegen: Man bereist zwar viele Länder als Tourist, ist aber nicht bereit, sich dauerhaft oder auf mehrere Jahre auf eine veränderte Umwelt, insbesondere auch in sprachlicher Hinsicht einzustellen.

Die Entsendung ins Ausland bezieht sich meist auf Führungskräfte und Spezialisten, nicht aber auf ganze Belegschaften:

<https://www.globalization-partners.com/de/blog/guide-to-international-employee-relocation/> (12.9.2022)

Von diesem Grundsatz gibt es einzelne Ausnahmen, wenn es insbesondere um grenznahe Bereiche geht und der in einem anderen Land gelegene Standort für die Beschäftigten von ihrem bisherigen Wohnort aus ohne übergroßen Aufwand erreichbar ist. In der deutschen Rechtsprechung ist insoweit eine Betriebsverlagerung in die Schweiz und eine weitere nach Österreich dokumentiert; eine Verlagerung nach Frankreich scheiterte am Widerstand der Belegschaft..

### **b) Ausnahmefall 1: Betriebsübergang in die Schweiz**

Im ersten Fall beschäftigte der Arbeitgeber in einem südbadischen Ort insgesamt 30 Arbeitnehmer, von denen 22 mit der Herstellung und dem Vertrieb von Klappenventilen, vor allem für die Pharmaindustrie (im Folgenden: V), befasst waren.

Hierzu und zum Folgenden BAG, Urteil vom 26.5.2011 – 8 AZR 37/10 – NZA 2011, 1143

Die Arbeitgebergesellschaft gehörte zu einem Konzern, der in der Schweiz angesiedelt war. Im Oktober 2008 teilte die Konzernspitze der Geschäftsleitung der Arbeitgebergesellschaft mit, der Geschäftsbereich V werde nicht weitergeführt. 20 der dort tätigen Arbeitnehmer wurden umgehend gekündigt. Danach veräußerte die Arbeitgebergesellschaft die für die Produktion und Montage im Geschäftsbereich V genutzten Anlagen, Maschinen und Werkzeuge an eine schweizerische Gesellschaft, die gleichfalls zum Konzern gehörte. Im Dezember 2008 erfolgte der Abbau und der Abtransport an den schweizerischen Erwerber, wo der Wiederaufbau erfolgte. Die laufenden Projekte wurden ihm ebenfalls übertragen. Lieferanten und Kunden wurden dahingehend informiert, dass die geschäftlichen Aktivitäten im Sektor V ab 1. Januar 2009 bei der schweizerischen Gesellschaft konzentriert würden, die auch alle Verträge übernommen habe.

Elf gekündigte Arbeitnehmer erhielten von der Arbeitgebergesellschaft das Angebot, am Standort der schweizerischen Konzerngesellschaft weiterzuarbeiten. Sechs von ihnen

nahmen es an, zumal der schweizerische Standort nur 59 km vom bisherigen Standort entfernt lag und deshalb in einer knappen Autostunde erreichbar war. Fünf Gekündigte lehnten es ab, unter denen sich auch der Kläger des Verfahrens vor dem BAG befand. Er machte geltend, es lägen keine Gründe für eine betriebsbedingte Kündigung vor, da sein Aufgabenbereich nicht weggefallen sei; vielmehr werde der Betrieb in der Schweiz weitergeführt.

Während das Arbeitsgericht die Kündigungsschutzklage als unbegründet abwies, gab ihr das Landesarbeitsgericht Baden-Württemberg ebenso wie das BAG statt. Es liege in der Tat ein Betriebsübergang vor. Eine erhebliche räumliche Entfernung, die Zweifel am Fortbestehen der Betriebsidentität wecken könne, sei nicht gegeben. Ohne Bedeutung sei es weiter, dass es sich um einen grenzüberschreitenden Sachverhalt handle. Nach den Regeln des Internationalen Privatrechts bestimme sich das anwendbare Arbeitsvertragsrecht nach dem ständigen Arbeitsort; hier gelte also deutsches Recht und damit § 613a BGB. Dass sich bei einem Übergang des Arbeitsverhältnisses auf den schweizerischen Erwerber möglicherweise das anwendbare Arbeitsrecht ändere, sei ohne Bedeutung, da schon das Vorliegen des Betriebsübergangs der Kündigung die Grundlage entziehe.

### **c) Ausnahmefall 2: Betriebsübergang nach Österreich**

Ein für den klagenden Arbeitnehmer weniger positives Ergebnis erbrachte ein Kündigungsschutzverfahren, das eine Verlagerung nach Österreich zum Gegenstand hatte.

Hierzu und zum Folgenden BAG, Urteil v. 16.5.2002 – 8 AZR 319/01 – NZA 2003, 93 ff.

Ein in Offenbach bei Frankfurt/Main ansässiges Unternehmen, das Schuhe produzierte, geriet im Herbst 1997 in Zahlungsschwierigkeiten, die zur Eröffnung des Konkursverfahrens führten. Der Konkursverwalter kündigte allen Beschäftigten zum 31.3.1998 mit der durch § 113 Insolvenzordnung vorgesehenen Frist.

Bereits am 23. Dezember 1997 erwarb ein in Österreich ansässiges Unternehmen das Warenzeichen der Konkurs gegangenen Schuhfirma sowie das Warenlager. Außerdem

erwarb es die bei den Lohnfertigungsbetrieben in Bosnien und Ungarn befindlichen halbfertigen Schuhe (ca. 35.000 Paar sogenannte Schäfte). Im März 1998 kamen weitere Vermögensgegenstände hinzu; später wurde dann ein Betriebsteil ausdrücklich fortgeführt.

Die Kündigung des Klägers war am 30. Dezember 1997 ausgesprochen worden. Nach herkömmlichen Grundsätzen des Kündigungsschutzrechts sind für die Rechtfertigung einer Kündigung allein die Verhältnisse maßgebend, die im Zeitpunkt des Ausspruchs der Kündigung bestanden.

BAG, Urteil vom 6. Juni 1984 – 7 AZR 451/82 – NZA 1985, 93; BAG, Urteil vom 30.5.1985 – 2 AZR 321/84 – NZA 1986, 155; BAG, Urteil vom 28.2.1990 – 2 AZR 401/89 – NZA 1990, 727

Die späteren Vorgänge waren also nicht mehr zu berücksichtigen. Der im Jahre 1997 erfolgte Erwerb führte aber nach Ansicht des BAG nicht zu einem Betriebsübergang; aus damaliger Sicht kam nur eine Stilllegung und eine dadurch gerechtfertigte Kündigung in Betracht. Näher auf die Problematik eines grenzüberschreitenden Betriebsübergangs einzugehen, war daher für das BAG nicht geboten.

#### **d) Ausnahmefall 3: Betriebsübergang nach Frankreich**

In einem weiteren Fall war es um eine Verlagerung nach Frankreich gegangen.

Dazu und zum Folgenden BAG, Urteil vom 20.4.1989 – 2 AZR 431/88 – NZA 1990, 32 = AuR 1990, 331

Ein PVC-Hersteller in Berlin war in wirtschaftliche Schwierigkeiten geraten und hatte die Stilllegung beschlossen und den Arbeitnehmern gekündigt. Innerhalb relativ kurzer Zeit gelang es ihm, den gesamten Maschinenpark unter Einschluss des Knowhows und der Vertriebsrechte an eine französische Firma mit Sitz in Lyon zu verkaufen. Sämtliche gekündigten Arbeitnehmer hatten Kündigungsschutzklage erhoben. In dem vom BAG entschiedenen Fall hatte der Kläger erklärt, nicht in Lyon weiterarbeiten zu wollen; er behalte sich vor, zu gegebener Zeit einen Antrag auf Auflösung des Arbeitsverhältnisses

gegen Abfindung nach § 9 KSchG zu stellen. Arbeitsgericht und Landesarbeitsgericht hatten der Kündigungsschutzklage stattgegeben, weil ein Betriebsübergang, aber keine Betriebsstilllegung vorliege. Das BAG wies demgegenüber die Klage ab. Ob wirklich ein Betriebsübergang gegeben sei, könne dahingestellt bleiben. Da der Kläger nicht bereit gewesen sei, am neuen Standort weiterzuarbeiten, und da das Unternehmen seinen Betrieb in Berlin einstellte, habe jedenfalls keine Möglichkeit mehr bestanden, den Kläger weiter zu beschäftigen. Interesse verdient auch die Feststellung des BAG, nach dem Vortrag beider Parteien sei nicht anzunehmen, es habe auch nur ein einziges Mitglied der Belegschaft in Berlin seine Tätigkeit in Frankreich fortgesetzt.

#### **4. Weitere Überlegungen**

Der Überblick über die Praxis der Verlagerung hat deutlich gemacht, dass § 613a BGB nur in seltenen Ausnahmefällen eingreift. Dies bedeutet, dass jedenfalls in Deutschland die Betriebsübergangsrichtlinie

Richtlinie 2001/23/EG des Rates vom 12. März 2001 zur Angleichung der Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten über die Wahrung von Ansprüchen beim Übergang von Unternehmen, Betrieben oder Unternehmens- und Betriebsteilen (ABl L 82/16), geändert durch Richtlinie v. 6.10.2015 (ABl L 263/1)

ohne größere Bedeutung ist, soweit es um grenzüberschreitende Verlagerungen geht. Dies steht in bemerkenswertem Gegensatz zu der Tatsache, dass bei rein innerstaatlichen Vorgängen der Richtlinie und dem sie umsetzenden § 613a BGB eine zentrale Rolle zukommt. Im Folgenden wird daher zunächst untersucht, inwieweit es denkbar wäre, dass eine anders interpretierte oder geänderte Richtlinie einen sehr viel größeren Anwendungsbereich auch bei grenzüberschreitenden Vorgängen gewinnen könnte (unten II).

Weiter ist die Frage zu untersuchen, ob das deutsche Recht Möglichkeiten bietet, außerhalb des § 613a BGB den von einer Verlagerung betroffenen Arbeitnehmern Schutz zu gewähren. Dabei wird es einmal um die Regeln zu Interessenausgleich und Sozialplan gehen, die überall dort eingreifen, wo ein Betriebsrat gewählt wurde. Weiter gibt es auch von der Rechtsprechung anerkannte tarif- und arbeitskampfrechtliche Mittel, mit deren

Hilfe sich die Betroffenen gegen einen Verlust ihrer Arbeitsplätze wehren können (unten III).

Schließlich ist dem Problem nachzugehen, inwieweit die Drohung mit Verlagerung Kollektivverhandlungen beeinflusst. Dabei ist insbesondere auch auf die Leitsätze der OECD für multinationale Unternehmen und auf die Frage einzugehen, inwieweit die EU das dort vorhandene Verbot übernehmen und mit Verbindlichkeiten ausstatten könnte (unten IV).

## **II. Der rechtliche Rahmen für einen (grenzüberschreitenden) Betriebsübergang**

### **1. Anwendungsprobleme des § 613a BGB**

§ 613a BGB ist Gegenstand einer sehr reichhaltigen Rechtsprechung der deutschen Arbeitsgerichte, ohne deren Einbeziehung der heutige Rechtsrahmen nicht bestimmt werden kann. Diese Rechtsprechung hat sich ausschließlich an Fällen aus dem rein innerstaatlichen Bereich entwickelt. Dies muss aber kein Hindernis sein, ihre konsequente Anwendung und Fortentwicklung auch für grenzüberschreitende Tatbestände zu verlangen. Dabei stellt sich die kollisionsrechtliche Frage, wann deutsches und wann ausländisches Arbeitsrecht Anwendung findet (unten 2).

Die Tatsache, dass § 613a BGB in weiten Teilen durch die EG-Richtlinie determiniert ist, führt dazu, dass bei Zweifelsfragen eine richtlinienkonforme Auslegung zu wählen ist. Angesichts des nicht immer klaren Wortlauts und Sinns der Richtlinie hat dies häufig die Einschaltung des EuGH zur Folge, dessen Entscheidungen die Handhabung des § 613a BGB nachhaltig beeinflusst haben. Gleichzeitig hat die deutsche Rechtsprechung aber so gut wie nie auf Art. 8 der Richtlinie zurückgegriffen, der günstigere nationale Regelungen zulässt.

#### **a) Zweck und Anwendungsbereich der Regelung**

§ 613a BGB will den betroffenen Arbeitnehmern ihre erworbenen Rechte sichern. Was die Arbeitsverträge betrifft, so geschieht dies in Abs. 1 Satz 1 ohne sichtbare

Einschränkung. Kollektivverträge gehen nach Abs. 1 Satz 2 in die Arbeitsverträge ein und behalten ihre zwingende Wirkung für höchstens ein Jahr; anschließend ist eine vertragliche Verschlechterung möglich. Auch nehmen die Betroffenen nicht mehr an der Weiterentwicklung der Tarifverträge teil. Die verbindliche Fortgeltung endet nach § 613a Abs.1 Satz 3 BGB vorzeitig, wenn ein neuer Tarifvertrag zwischen dem Arbeitnehmer und dem Erwerber zur Anwendung kommt.

Die betriebliche Interessenvertretung ist als solche in § 613a anders als in der Richtlinie nicht ausdrücklich erwähnt, doch ist ihr Fortbestand beim Übergang eines ganzen Betriebs unbestritten. Wird nur ein Betriebsteil übernommen, kommt dem Betriebsrat des Ursprungsbetriebs ein Übergangsmandat nach § 21a Abs.1 BetrVG zu.

Arbeitnehmer dürfen nach Abs. 4 nicht „wegen“ des Betriebsübergangs gekündigt werden. Nach Abs. 5 sind sie vom bisherigen Betriebsinhaber oder vom Erwerber und den Übergang und seine Folgen zu informieren. Jeder Betroffene hat nach Abs. 6 das Recht, dem Übergang seines Rechtsverhältnisses zu widersprechen. Hierfür steht ihm eine Überlegungsfrist von einem Monat zu, die jedoch erst nach vollständiger Information zu laufen beginnt.

Durch diese Regelungen soll sichergestellt werden, dass die bestehenden Arbeitsverhältnisse trotz des Wechsels auf Arbeitgeberseite zunächst ungeschmälert erhalten bleiben – wobei dies die Schlechterstellung nicht ausschließt, die in der Abkoppelung von der Entwicklung der Tarifverträge liegt. Auch wird sich ein Arbeitnehmer nicht immer dem Ansinnen seines Arbeitgebers widersetzen können, nach Ablauf eines Jahres auf bestimmte bisher tariflich gesicherte Rechte zu verzichten. Aus diesem Grund kann nur von einem „beschränkten Bestandsschutz“ die Rede sein.

Die Vorschrift des § 613a BGB greift auch dann ein, wenn eine „Einheit“ privatisiert wird oder wenn die öffentliche Hand eine bisher privat betriebene Tätigkeit übernimmt.

Beispiel (nach EuGH 26.9.2000 – C-175/99 - AP Nr. 30 zu EWG-Richtlinie 77/187): Die Werbe- und Informationstätigkeit zugunsten eines Fremdenverkehrsorts lag bisher in der Hand eines gemeinnützigen Trägers und wurde nunmehr von der Gemeinde in eigene Regie übernommen.

Der Übergang hoheitlicher Aufgaben von einem Träger auf einen andern wird nach Art. 1 Abs.1 Buchst. c Satz 2 der Richtlinie nicht erfasst. Nach anfänglichem Zögern erstreckte das BAG den § 613a BGB im Grundsatz auch auf solche Fälle,

BAG 25.9.2003 – 8 AZR 421/02 – AP Nr. 261 zu § 613a BGB; BAG 27.4.2000 – 8 AZR 260/99 - juris

doch greifen dabei meist Sonderregelungen ein.

Werden nicht die Betriebsmittel erworben („asset deal“), sondern die Anteilsrechte am Arbeitgeberunternehmen („share deal“), so bleibt das Arbeitsverhältnis formal unberührt, da sich die rechtliche Identität des Arbeitgebers nicht ändert. Dies gilt auch, wenn z. B. bei einer KG sowohl der persönlich haftende Gesellschafter als auch der Kommanditist wechseln. Mangels „Übergangs“ besteht im Normalfall kein Bedarf an einer entsprechenden Anwendung des § 613a Abs.1 BGB.

Allerdings ist denkbar, dass der Erwerb zur Herauslösung des Unternehmens aus einem Konzern führt, so dass die Rechte aus Konzernbetriebsvereinbarungen eines Schutzes analog § 613a Abs.1 Satz 2 BGB bedürfen. Weiter kann sich ein vergleichbarer „Änderungsbedarf“ seitens des Erwerbers wie beim Kauf eines Betriebes ergeben: Er kann den Wunsch haben, dass Sozialleistungen zurückgefahren, Personal abgebaut oder die Arbeitsverfahren geändert werden. Stellt es einen ausreichenden wirtschaftlichen Grund im Sinne des § 308 Nr. 4 BGB dar, wenn wegen des Erwerberwunsches ein vorbehaltenes Widerrufsrecht ausgeübt wird? Das BAG hat bisher eine entsprechende Anwendung des § 613a Abs.4 BGB abgelehnt, da § 613a eine Lücke im Kündigungsschutz schließen wolle, nicht aber an wirtschaftlichen Tatsachen anknüpfe.

BAG 12.7.1990 – 2 AZR 39/90 - AP Nr. 87 zu § 613a BGB

Die vom BSG (19.6.1979 – 7 RAr 2/78 - DB 1979, 2430) und vom BFH (5.3.1970 – V R 33/69 - DB 1970, 1360) vertretene Auffassung, wonach beim Austausch aller Gesellschafter ein Arbeitgeberwechsel vorliege, sei deshalb im Rahmen des § 613a BGB ohne Bedeutung. Nicht berücksichtigt wurde, dass Art. 1 Abs.1 Buchst. a der Richtlinie

2001/23/EG ausdrücklich neben dem Übergang von Betrieben auch den von „Unternehmen“ nennt, so dass auch eine richtlinienkonforme Auslegung zu prüfen war.

Für entsprechende Anwendung des § 613a BGB Zwanziger/Yalcin, in:  
Däubler/Deinert/Zwanziger (Hrsg.), Kündigungsschutzrecht, 11. Aufl.,  
Frankfurt/Main 2020, § 613a BGB Rn. 9

Die wichtigsten Fälle der Gesamtrechtsnachfolge haben im UmwG eine Sonderregelung erfahren. Soweit es dabei zu einem Betriebsinhaberwechsel kommt, bleibt § 613a BGB anwendbar. Nicht unmittelbar erfasst ist der Erbfall, aber auch das in der Praxis entwickelte sog. Anwachsungsmodell.

Beispiel: Die Firma S. AG will eine Tochtergesellschaft wieder zum Teil der „Mutter“ machen, ohne das „lästige“ Verfahren nach § 613a oder dem UmwG durchlaufen zu müssen. Die Tochter hat die Rechtsform einer GmbH & Co KG. Alleingesellschafter der (persönlich haftenden) GmbH ist eine andere Tochtergesellschaft, die auch die Stellung einer Kommanditistin innehat. Die GmbH überträgt ihren Anteil an der KG an die Mutter, d. h. die S. AG; Arbeitgeber bleibt weiter die KG. Nach einiger Zeit tritt diese andere Tochter auch als Kommanditistin aus (was der Gesellschaftsvertrag der KG zulässt), so dass ihr Anteil der AG, der einzigen verbleibenden Gesellschafterin anwächst. Eine durchaus einfallsreiche Konstruktion, auf die § 613a BGB entsprechend angewandt werden muss.

## **b) Übernahme eines Betriebs oder Betriebsteils**

Das BAG ging seit 1972 davon aus, dass es bei § 613a BGB allein auf die Übernahme der materiellen und immateriellen Betriebsmittel ankomme; sie seien die „Grundlage“ für die Tätigkeit der einzelnen Arbeitnehmer. Diese würden anders als in der Betriebsverfassung nicht selbst zum Betrieb gehören; man könne die Arbeitsverhältnisse nicht sowohl auf der Tatbestandsseite als auch auf der Rechtsfolgenseite berücksichtigen.

Zusammenfassend BAG 21.1.1988 – 2 AZR 480/87 - AP Nr. 72 zu § 613a BGB

Im produzierenden Gewerbe standen Grundstücke, Maschinen u.ä. im Vordergrund. Im Dienstleistungsbereich wurde primär auf die immateriellen Werte wie Lizenzen, Kundenbeziehungen, „Image“ des Unternehmens in der Öffentlichkeit und bei den potentiellen Käufern abgestellt. Auch die besondere Sachkunde einzelner Mitarbeiter konnte eine Rolle spielen.

Der EuGH hatte in der viel genannten Christel-Schmidt-Entscheidung

EuGH 14.4.1994 – C-392/92 - DB 1994, 1370 = NZA 1994, 545

einen anderen Ansatz gewählt und den Übergang eines Betriebsteils schon dann angenommen, wenn lediglich eine bestimmte betriebliche Funktion (im konkreten Fall die Gebäudereinigung) auf einen Dritten übertragen wurde; auf die Übernahme von Betriebsmitteln komme es nicht entscheidend an.

Wohl auch mit Rücksicht auf die heftige Kritik in der juristischen Literatur hat der EuGH in der Ayse-Süzen-Entscheidung klargestellt, dass die reine Funktionsnachfolge nicht ausreiche; es müsse eine «wirtschaftliche Einheit» auf den Erwerber übergehen, die als „organisierte Gesamtheit von Personen und Sachen zur Ausübung einer wirtschaftlichen Tätigkeit mit eigener Zielsetzung“ definiert wurde.

EuGH 11.3.1997 – C-13/95 - DB 1997, 628 = NZA 1997, 433, bestätigt durch EuGH

10.12.1998 – C-173/96, C-247/96 - NZA 1999, 189 - Hidalgo; seither ständige

Rechtsprechung

Damit ist eine Weichenstellung erfolgt, die gerade auch bei der grenzüberschreitenden Verlagerung von ganz entscheidender Bedeutung ist: Würde man wie in der Christel-Schmidt-Entscheidung allein auf die Übernahme einer Funktion abstellen, so wären sehr viele, ja die allermeisten Vorgänge erfasst, während auf der Grundlage der nachfolgenden und bis heute praktizierten Rechtsprechung eben eine „wirtschaftliche Einheit“ in Form einer Organisation auf den Erwerber übergehen muss, was bei Verlagerungen nur ganz ausnahmsweise der Fall ist.

Rechtspolitisch wäre es wünschenswert, den Text der Richtlinie im Sinne der ursprünglichen EuGH-Rechtsprechung zu verändern, da angesichts der langjährigen Praxis nicht mit einer Revision der EuGH-Rechtsprechung zu rechnen ist.

### **c) Die Übernahme durch Rechtsgeschäft**

Von einem Betriebsübergang nach § 613a BGB kann nur die Rede sein, wenn der Inhaber ein anderer wird. Dies ist nicht der Fall, wenn bei einer Personengesellschaft oder einer Gesellschaft bürgerlichen Rechts einzelne oder alle Gesellschafter wechseln. Ohne Bedeutung ist, dass das Erwerberunternehmen zum selben Konzern gehört. Maßgebender Zeitpunkt für den Betriebsübergang ist die Übernahme der Entscheidungsbefugnisse („Leitungsmacht“) durch den Erwerber in eigener Verantwortung.

Ohne Bedeutung ist, ob der Betrieb oder Betriebsteil dem Erwerber in der Weise zur Verfügung steht, dass er über die Nutzung frei entscheiden kann. Auch wenn eine solche „eigenwirtschaftliche Nutzung“ ausgeschlossen ist, ändert dies nichts am Vorliegen eines Betriebsübergangs und damit an der Anwendung des § 613a BGB.

So EuGH 15.12.2005 – C-232/04 u.a. – NZA 2006, 29 (Güney Görres) in Korrektur der deutschen Rechtsprechung

Nicht erforderlich ist, dass der Erwerber die wirtschaftliche Einheit als solche fortführt; er kann sie auch in seinen bereits bestehenden Betrieb integrieren.

So EuGH 12.2.2009 – C-466/07 - NZA 2009, 251 – Klarenberg, ebenfalls in Korrektur der deutschen Rechtsprechung

### **d) Rechtsfolgen**

#### **(1) Fortbestand des Arbeitsverhältnisses**

Nach § 613a Abs.1 Satz 1 BGB hat die Übernahme des Betriebs oder Betriebsteils die automatische Folge, dass die Arbeitsverhältnisse mit dem bisherigen Inhalt auf den Erwerber übergehen. War das Ruhen aller Rechte und Pflichten vereinbart, weil der Arbeitnehmer auf der Grundlage einer Sondervereinbarung für vier Jahre ins Ausland geschickt wurde, so geht auch ein solches „latentes“ Arbeitsverhältnis über. Der Erwerber

setzt in jeder Hinsicht die Arbeitgeberstellung seines Vorgängers fort. Die bei diesem verbrachten Zeiten der Betriebszugehörigkeit bleiben erhalten.

In vielen Arbeitsverträgen wird auf Tarifverträge „in ihrer jeweiligen Fassung“ verwiesen. Soweit Verträge nach dem 1. Januar 2002 abgeschlossen wurden, wird eine solche Klausel als „konstitutiv“ in dem Sinne angesehen, dass sie eine weitere Grundlage für die Geltung von Tarifverträgen schafft. Diese bleibt auch nach einem Betriebsübergang erhalten, was eine sehr viel bessere Absicherung als § 613a Abs. 1 Satz 2 BGB bietet, weil der betroffene Arbeitnehmer an der weiteren Tarifentwicklung teilhat.

Grundlegend BAG 29.8.2007 – 4 AZR 767/06 – NZA 2008, 364

Nicht „mitgenommen“ wird nach der Rechtsprechung des BAG

BAG 15.2.2007 – 8 AZR 397/06 - NZA 2007, 739

der gesetzliche Kündigungsschutz als solcher. Bleibt nach dem Übergang auf der Seite des Veräußerers oder des Erwerbers nur noch ein Kleinbetrieb im Sinne des § 23 Abs.1 KSchG mit zehn Arbeitnehmern oder weniger übrig, so fällt der Kündigungsschutz weg. Auch wird in Kauf genommen, dass nach § 112a Abs. 2 Satz 1 BetrVG kein Sozialplan vereinbart werden muss, wenn ein Betrieb oder Betriebsteil von einem „Neugründer“ erworben wurde und dieser innerhalb von vier Jahren in größerem Umfang Personal abbaut. Der „Bestandsschutz“ weist auch insoweit Lücken auf.

## **(2) Betriebliche Interessenvertretung**

Geht der ganze Betrieb über, so bleibt auch der Betriebsrat im Amt. Dies ist im deutschen Recht nirgends festgeschrieben, jedoch im Ergebnis allgemein anerkannt. Art. 6 Abs.1 UAbs.1 der Richtlinie 2001/23/EG sieht den Fortbestand von „Rechtsstellung und Funktion“ der betrieblichen Interessenvertreter zwingend vor – schon aus Transparenzgründen hätte der deutsche Gesetzgeber dies ausdrücklich klarstellen müssen. Auch Betriebsvereinbarungen gelten in solchen Fällen weiter.

Wird nur ein Betriebsteil übertragen, so steht dem Betriebsrat im verbleibenden Betrieb ein sog. Übergangsmandat nach § 21a BetrVG zu. Dieses umfasst alle Mitbestimmungsrechte, ist jedoch grundsätzlich auf sechs Monate beschränkt. Außerdem

ist der Betriebsrat verpflichtet, in dem abgespaltenen Teil eine Betriebsratswahl einzuleiten. Betriebsratsmitglieder, die in dem übergehenden Betriebsteil beschäftigt sind, bleiben im Amt. Nach der Rechtsprechung des BAG gelten auch die Betriebsvereinbarungen als solche weiter, sofern der Betriebsteil vom Erwerber als selbstständiger Betrieb fortgeführt wird. Ist dies nicht der Fall, gehen sie nach § 613a Abs.1 Satz 2 BGB in die Arbeitsverträge ein oder werden nach § 613a Abs.1 Satz 3 BGB durch die im neuen Betrieb bestehenden Kollektivverträge zum selben Gegenstand abgelöst.

### **(3) Fortgeltung von Tarifverträgen und Betriebsvereinbarungen**

Unproblematisch ist der Fall, dass Kollektivverträge automatisch beim Erwerber weitergelten. Bei Betriebsvereinbarungen ist dies häufig der Fall, bei Tarifverträgen ist es eher die Ausnahme. Beim Verbandstarif ist denkbar, dass der Erwerber gleichfalls Mitglied im Arbeitgeberverband ist oder dass der Tarif für allgemeinverbindlich erklärt wurde und der Erwerber derselben Branche angehört. Beim Firmentarif kommt eine kollektivrechtliche Weitergeltung nur in Betracht, wenn ihm der Erwerber ausdrücklich beitrifft bzw. die Rechtsstellung des Veräußerers übernimmt.

BAG 29.8.2001 – 4 AZR 332/00 -AP Nr. 17 zu § 1 TVG Bezugnahme auf Tarifvertrag;

BAG 20.6.2001 – 4 AZR 295/00 – AP Nr. 18 zu § v1 TVG Bezugnahme auf Tarifvertrag

Soweit eine solche kollektivrechtliche Weitergeltung ausscheidet, findet die „Auffangregelung“ des § 613a Abs. 1 Satz 2 bis 4 BGB Anwendung. Danach werden Tarifverträge und Betriebsvereinbarungen zum Inhalt des Arbeitsvertrags und dürfen grundsätzlich vor Ablauf eines Jahres nicht zu Lasten des Arbeitnehmers verändert werden. Gleichwohl vorgenommene Änderungsverträge wären nach § 134 BGB unwirksam.

Die Weitergeltung als zwingende Arbeitsvertragsbestimmung tritt nach § 613a Abs.1 Satz 3 BGB dann nicht ein, wenn die Arbeitsvertragsparteien beide an einen neuen Tarifvertrag oder eine neue Betriebsvereinbarung gebunden sind, die dieselben Gegenstände regeln. Bei Tarifverträgen ist dies nur dann der Fall, wenn auf Arbeitnehmerseite dieselbe Gewerkschaft auch für den neuen Betrieb zuständig ist oder wenn die Arbeitnehmer zur

dort zuständigen Gewerkschaft übergetreten sind. Fehlt es an der Bindung an den neuen Tarifvertrag, kann dieser nach § 613a Abs.1 Satz 4 BGB auch von den Arbeitsvertragsparteien in Bezug genommen werden. Der Arbeitnehmer braucht sich aber auf eine solche Abmachung nicht einzulassen.

#### **(4) Kündigungsverbot**

Das automatische Einrücken des Betriebserwerbers in die Arbeitsverhältnisse darf nicht dadurch unterlaufen werden, dass der bisherige Inhaber einzelne oder alle Arbeitsverhältnisse «mit Rücksicht auf den neuen Chef» kündigt. Der 1980 eingefügte § 613a Abs. 4 Satz 1 BGB schließt dies ausdrücklich aus. Dabei handelt es sich um ein eigenständiges Kündigungsverbot, das auch Arbeitsverhältnisse in Kleinbetrieben erfasst. Der dadurch geschaffene Bestandsschutz ist allerdings beschränkt. Da § 613a Abs. 4 Satz 2 BGB dem Arbeitgeber das Recht belässt, das Arbeitsverhältnis aus anderen Gründen zu kündigen, verlangt die Rechtsprechung, dass der Betriebsübergang nicht nur äußerlicher Anlass, sondern „tragender Grund“ für die Kündigung sein muss.

BAG 28.4.1988 – 2 AZR 623/87 - AP Nr. 74 zu § 613a BGB

Dass dies so war, muss der Arbeitnehmer beweisen, was nur in seltenen Fällen möglich sein wird.

In der Praxis ist der Fall viel wichtiger, dass der Arbeitgeber von einer Stilllegung ausgeht, während der Arbeitnehmer einen Betriebsübergang annimmt. Hier muss der Arbeitgeber den Kündigungsgrund, d. h. die Stilllegungsabsicht beweisen, was den Arbeitnehmer in eine sehr viel bessere Position bringt (dazu auch oben I 3 b)

## e) Unterrichtung der Betroffenen und Widerspruchsrecht

§ 613a Abs.5 BGB verlangt, dass die von einem Betriebsübergang betroffenen Arbeitnehmer über wesentliche, im Gesetz genannte Aspekte dieses Vorgangs unterrichtet werden. Damit ist eine arbeitsvertragliche Nebenpflicht kodifiziert worden. Der Arbeitnehmer soll so in die Lage versetzt werden, auf der Grundlage eines ausreichenden Wissensstandes über die Ausübung seines Widerspruchsrechts nach § 613a Abs.6 BGB zu entscheiden oder andere Konsequenzen in Erwägung zu ziehen. Nach dem Gesetz genügt die sog. Textform nach § 126b BGB, also auch ein Fax oder eine E-Mail. Eine mündliche Information, z. B. auf einer Betriebsversammlung, wäre dagegen nicht ausreichend. Die Unterrichtungspflicht trifft den Veräußerer wie auch den Erwerber; dabei genügt es, wenn beide gemeinsam dem Arbeitnehmer den nötigen Informationsstand verschaffen.

Nach dem Gesetzeswortlaut hat die Unterrichtung vor dem Übergang zu erfolgen, doch kann sie später nachgeholt werden. Erst vom Zeitpunkt der korrekten Unterrichtung an läuft die Monatsfrist für die Ausübung des Widerspruchsrechts. Widersprechen sich die vom Veräußerer und vom Erwerber gegebenen Informationen in Bezug auf einen der erwähnten Punkte, so ist zu differenzieren. Im Regelfall liegt keine korrekte Unterrichtung vor, da vom Arbeitnehmer nicht erwartet werden kann, den Widerspruch durch eigene Erkundigungen aufzulösen. Eine Ausnahme gilt aber dann, wenn die zutreffende Unterrichtung zuerst erfolgt ist und die durch sie ausgelöste Monatsfrist bereits abgelaufen war, als die unrichtigen Informationen nachgereicht wurden.

Nach § 613a Abs.6 hat der Arbeitnehmer das Recht, dem Übergang seines Arbeitsverhältnisses auf den Erwerber zu widersprechen. Ihm soll kein unerwünschter Arbeitgeber aufgedrängt werden. Der Einzelne besitzt insoweit ein Gestaltungsrecht, das er durch einseitige empfangsbedürftige Willenserklärung ausüben kann. Hat er davon einmal Gebrauch gemacht, ist genau wie bei einer Kündigung keine einseitige Rücknahme mehr möglich, da sich die anderen Beteiligten auf die dadurch geschaffene Situation eingerichtet haben. Nur dann, wenn sich Arbeitnehmer, alter und neuer Arbeitgeber darüber einig sind, dass der Widerspruch ohne Wirkung bleiben soll, wird die gesetzliche „Normallage“ wieder hergestellt. Als einseitiges Rechtsgeschäft ist der Widerruf

bedingungsfeindlich, doch ist selbstredend eine Anfechtung wegen arglistiger Täuschung nach § 123 BGB möglich.

Der Arbeitnehmer widerspricht „für den Fall, dass innerhalb eines Jahres der Erwerber eine betriebsbedingte Kündigung ausspricht“. Unzulässig. Allerdings ist eine Anfechtung wegen arglistiger Täuschung möglich, wenn die neuen Arbeitsplätze ihm gegenüber als „bombensicher“ bezeichnet wurden, dann aber doch nach sechs Monaten eine Kündigung erfolgte.

Der Widerspruch bedarf der Schriftform, muss also vom Arbeitnehmer oder einem Stellvertreter unterschrieben sein. Dabei genügt es, wenn der Wille, nicht beim Erwerber tätig sein zu wollen, zum Ausdruck kommt; das Wort „Widerspruch“ muss nicht benutzt werden.

Bei mangelhafter oder fehlender Unterrichtung läuft die Monatsfrist nicht; es kann daher noch längere Zeit nach dem Betriebsübergang ein Widerspruch erklärt werden, was dem Arbeitnehmer zusätzliche Optionen eröffnet. Eine absolute Höchstfrist gibt es nicht. Das Widerspruchsrecht kann lediglich verwirken, was einen längeren Zeitraum sowie Dispositionen des Arbeitgebers im Vertrauen darauf voraussetzt, dass nicht mehr mit der Ausübung dieses Rechts zu rechnen sei („Zeitmoment“ und „Umstandsmoment“). Ob elf Monate ausreichend für das Zeitmoment sind, ließ das BAG dahinstehen; auch reicht die bloße Weiterarbeit beim Erwerber nicht, um einen Vertrauenstatbestand zu schaffen.

BAG 14.12.2006 – 8 AZR 763/05 - NZA 2007, 682, 686

Das Widerspruchsrecht auszuüben kommt nur für Arbeitnehmer in Betracht, für die beim Veräußerer noch eine Arbeitsmöglichkeit besteht, da sonst mit einer betriebsbedingten Kündigung durch den alten Arbeitgeber zu rechnen ist. Findet dort ein Personalabbau statt und kommt es zu einer sozialen Auswahl, so ist der Widersprechende in gleicher Weise wie die übrigen Beschäftigten einzubeziehen. Er darf nicht mit dem Argument gekündigt werden, er habe eine Beschäftigungsmöglichkeit nicht wahrgenommen.

Das Widerspruchsrecht kann von den betroffenen Arbeitnehmern auch gemeinsam ausgeübt werden. Ein Individualrecht kann nicht dadurch verloren gehen, dass auch andere von ihren entsprechenden Befugnissen Gebrauch machen.

BAG 30.9.2004 – 8 AZR 462/03 - NZA 2005, 43, auch zum Folgenden

Dass dadurch Druck auf die Gegenseite ausgeübt wird, liegt in der Natur der Sache und ist vom BAG auch im Zusammenhang mit dem Widerspruchsrecht akzeptiert worden. Eine Grenze liegt nur im Rechtsmissbrauch: Hätte das gemeinsame Vorgehen das Ziel, nicht nur einen konkreten, sondern jeden Übergang des Betriebes zu verhindern oder würde man versuchen, eine Verbesserung der Arbeitsbedingungen zu erreichen, wäre ein solcher Fall gegeben.

#### **f) Weiterhaftung des bisherigen Arbeitgebers**

Mit dem Übergang des gesamten Arbeitsverhältnisses wäre an sich der Veräußerer von allen Ansprüchen des Arbeitnehmers frei. Dies erscheint ungerecht; auch würde dem Arbeitnehmer ein Schuldner aufgedrängt, der möglicherweise weniger solvent als sein Vorgänger ist. § 613a Abs.2 BGB sieht deshalb vor, dass der Veräußerer neben dem Erwerber für alle Verbindlichkeiten als Gesamtschuldner haftet, die noch vor dem Übergang entstanden, aber erst innerhalb eines Jahres nach diesem Zeitpunkt fällig geworden sind. Dasselbe gilt auch für Ansprüche, die bereits beim früheren Arbeitgeber fällig geworden waren.

#### **g) Überleitungsvereinbarungen**

§ 613a BGB garantiert einen Mindestschutz, steht aber besseren Regelungen durch Vertrag nicht entgegen. Möglich sind deshalb auch tarifliche Bestimmungen, die die „Überleitung“ der Beschäftigten auf einen neuen Arbeitgeber zum Gegenstand haben. Auch hatte die Rechtsprechung über einen Fall zu entscheiden, in dem der Veräußerer eines Betriebsteils in einer Betriebsvereinbarung den „ausgliederten“ Arbeitnehmern ein Rückkehrrecht für den Fall einräumte, dass sie aus betrieblichen Gründen beim Erwerber nicht mehr weiterbeschäftigt werden könnten.

BAG 19.10.2005 – 7 AZR 32/05 - NZA 2006, 393

Denkbar ist auch, dass sich im Kaufvertrag über den Betrieb oder Betriebsteil Bestimmungen zugunsten der betroffenen Arbeitnehmer finden, auf die sich diese nach § 328 BGB berufen können.

S. den Fall BAG 20.4.2005 – 4 AZR 292/04 - NZA 2006, 281

## **2. Wann ist bei Auslandsbezug § 613a BGB anwendbar?**

Gehen wir zunächst von der aktuellen Interpretation des § 613a BGB und der Betriebsübergangsrichtlinie aus, so kommt man zu folgenden Feststellungen.

Ein Betriebsübergang liegt auch dann vor, wenn der bisherige und der neue Standort in zwei verschiedenen Staaten liegen. Notwendig ist jedoch, dass der Betrieb oder Betriebsteil bei der Verlagerung seine Identität behält. Dies setzt insbesondere bei Dienstleistungsbetrieben voraus, dass ein wesentlicher Teil der Belegschaft „mitgeht“, d. h. bereit ist, am neuen Standort weiter zu arbeiten. In diesem Fall ist § 613a BGB jedenfalls dann anwendbar, wenn der Betriebsinhaberwechsel der Verlagerung vorausgeht oder mit ihr zusammenfällt.

BAG 16.5.2002 – 8 AZR 319/01 - AP Nr. 237 zu § 613a BGB; BAG 26.5.2011 – 8 AZR 37/10 - AP Nr. 409 zu § 613a BGB

Dies wird auch damit begründet, dass § 613a BGB ein Teil des deutschen Arbeitsvertragsstatuts ist.

## BAG AP Nr. 31 zu Internationales Privatrecht Arbeitsrecht

Sobald der neue Standort zum „gewöhnlichen Arbeitsort“ wird, greift nach Art. 8 Abs. 2 Rom I – VO das dort geltende Arbeitsvertragsrecht ein; es findet ein sog. Statutenwechsel statt. Anderes gilt nur dann, wenn das anwendbare Recht nach Art. 8 Abs. 1 Rom I – VO vertraglich vereinbart wurde; in einem solchen Fall bleibt es bei der einmal geschlossenen Abmachung. Allerdings kann sich insoweit eine Veränderung ergeben, als die zwingenden Vorschriften, die trotz der gewählten Rechtsordnung zu beachten sind, andere werden: An die Stelle der zwingenden Arbeitsrechtsnormen des Landes A treten die des Landes B.

Führt der Statutenwechsel oder der Wechsel des zwingenden Rechts zu Verlusten an Rechtspositionen, so könnte man daran denken, den Erwerber als verpflichtet anzusehen, diese durch vertragliche Abmachung mit dem Arbeitnehmer auszugleichen, was auch in anderen Rechtsordnungen auf keine unüberwindlichen Hindernisse stößt. Dies gilt insbesondere dann, wenn auch das Recht des Aufnahmestaats eine dem § 613a BGB oder der Betriebsübergangsrichtlinie entsprechende Norm kennt: Wenn beide Rechtsordnungen davon ausgehen, dass der einmal erreichte Status quo durch einen Betriebsübergang nicht verschlechtert werden darf, so wäre es unverständlich, könnte man durch das „Hintereinanderschalten“ von zwei Rechtsordnungen genau diesen Effekt erreichen. Allerdings ist zuzugeben, dass es dafür kein Präjudiz in der arbeitsgerichtlichen Rechtsprechung gibt. Als Auffanglösung käme nach deutschem Recht in Betracht, die durch den Statutenwechsel usw. erlittenen Nachteile im Wege eines Sozialplans auszugleichen oder zu mildern.

Näher dazu Däubler, Der Erwerb deutscher Betriebe durch ausländische Unternehmen – Arbeitsrechtliche Rahmenbedingungen – in: Heinze/Söllner (Hrsg.), Arbeitsrecht in der Bewährung, Festschrift für Kissel, München 1994, S. 119, 133 f. Zur Gesamtproblematik eingehend Deinert, Internationales Arbeitsrecht, Tübingen 2013, § 13 Rn. 10 ff.

Weigern sich die Beschäftigten, sich an den neuen Standort zu begeben und dort weiter zu arbeiten, so scheidet der Betriebsübergang. Dies kann in der Weise erfolgen, dass sie von

vorne herein ihre Ablehnung erklären, da ihr Arbeitsvertrag eine solche „Versetzung“ nicht abdecke.

So im Fall der Verlagerung von Berlin nach Lyon BAG 20.4. 1989 – 2 AZR 431/88 – NZA 1990, 32

Möglich ist aber auch, dass sie von ihrem Widerspruchsrecht nach § 613a Abs. 6 BGB Gebrauch machen.

In der Praxis ist das „Nicht-Mitgehen“ die absolute Regel, weil ihm familiäre und soziale Bindungen entgegenstehen, die „Umstellung“ als sehr gravierend empfunden wird und keinerlei Erfahrung besteht, wie man sich in einer als total fremd wahrgenommenen Gesellschaft behaupten kann.

§ 613a und die Betriebsübergangsrichtlinie gehen hier ins Leere. Dies würde sogar dann gelten, wenn man den Begriff des Betriebsübergangs sehr viel weiter fassen und jede Funktionsnachfolge einbeziehen würde.

In allen diesen Fällen kommt es zu einer Stilllegung des inländischen Betriebs. Insoweit ist die Frage zu beantworten, welche Mittel das deutsche Recht bereitstellt, um die Verlagerung zu verhindern oder so sozial verträglich zu gestalten.

### **III. Abwehrmaßnahmen gegen Verlagerungen**

#### **1. Handlungsmöglichkeiten des Betriebsrats**

##### **a) Interessenausgleich und Sozialplan**

Wird ein Betrieb ganz oder teilweise stillgelegt oder liegt ein anderer Fall einer Betriebsänderung nach § 111 Satz 3 BetrVG vor, so hat der Betriebsrat neben einem Anspruch auf umfassende Information zwei Rechte:

Zum einen kann er über die unternehmerische Maßnahme als solche mit dem Arbeitgeber verhandeln. Beide Seiten haben sich insoweit um einen Interessenausgleich zu bemühen

und ggf. die Einigungsstelle anzurufen. Diese kann jedoch nur Empfehlungen aussprechen – in der Sache selbst bleibt der Arbeitgeber frei.

Zum zweiten kann der Betriebsrat den Abschluss eines Sozialplans verlangen. Dieser soll die wirtschaftlichen Nachteile »ausgleichen oder mildern«, die den Arbeitnehmern aufgrund der Betriebsänderung entstehen. Dabei geht es insbesondere (aber nicht nur) um Abfindungen. Der Sozialplan ist im Gegensatz zum Interessenausgleich erzwingbar; notfalls muss die Einigungsstelle mit Mehrheit entscheiden.

### **b) Vorliegen einer Betriebsstilllegung oder Betriebseinschränkung**

Die Stilllegung setzt voraus, dass der Unternehmer die betriebliche Organisation bewusst auflöst und dass seine Entscheidung von Dauer sein soll. Ein solcher Fall liegt auch dann vor, wenn die Produktion im Ausland fortgeführt werden soll, die Beschäftigten jedoch im Inland bleiben wollen. Insoweit ergeben sich keine Zweifelsfragen.

Wird lediglich ein Betriebsteil oder eine bestimmte betriebliche Funktion verlagert, so kann es zweifelhaft sein, ob eine Betriebseinschränkung vorliegt. Relativ unproblematisch ist zunächst der Fall, dass durch Abtransport von Maschinen die Produktionskapazität des Betriebes oder eines »wesentlichen Betriebsteils« verringert wird und die »überflüssig« gewordenen Arbeitnehmer entlassen werden. Mit Recht hat das BAG jedoch auch dann eine Betriebseinschränkung angenommen, wenn ohne jede Änderung der Betriebsanlagen eine größere Zahl von Arbeitnehmern entlassen wird: Der soziale Schutzzweck der §§ 111 ff. BetrVG deckt auch diesen Fall.

BAG 15. 10. 1979 – 1 ABR 49/77 – AP Nr. 5 zu § 111 BetrVG 1972

Maßstäbe dafür, wann eine ausreichende Zahl von Arbeitnehmern betroffen ist, werden der Massenentlassungsvorschrift des § 17 KSchG entnommen, die diesen Begriff aus der einschlägigen EG-Richtlinie entnommen hat. Im Hinblick auf Großunternehmen, wo die Grenzen des § 17 KSchG relativ schnell erreicht wären, wird jedoch zusätzlich verlangt, dass mindestens fünf Prozent der Belegschaft betroffen sind

BAG 2. 8. 1983 – 1 AZR 516/81 – AP Nr. 12 zu § 111 BetrVG 1972

Das Beschäftigungsförderungsgesetz 1985 ließ diese Rechtslage im Prinzip unberührt. Es beseitigte jedoch die automatische Verknüpfung zwischen Betriebsänderung und Sozialplan. Ein Sozialplan ist nach dem damals neu geschaffenen § 112a Abs. 1 BetrVG nur noch dann abzuschließen, wenn eine höhere als die in § 17 KSchG genannte Zahl von Arbeitnehmern ausscheiden muss. Zu beachten ist allerdings, dass dies nur dann gilt, wenn die geplante Betriebsänderung »allein« in der Entlassung von Arbeitnehmern besteht – werden auch Produktionsmittel abgebaut (was bei Verlagerungen typischerweise der Fall sein wird), so bleibt es bei den allgemeinen Grundsätzen.

Gravierender dürfte unter diesen Umständen sein, dass nach § 112a Abs. 2 BetrVG keine Verpflichtung zum Abschluss eines Sozialplans besteht, wenn die Betriebsänderung im Laufe der ersten vier Jahre nach Gründung eines Unternehmens vorgenommen wird. Dies soll Neugründungen erleichtern. Dabei sind jedoch »Neugründungen« im Rahmen von Umstrukturierungen wie z. B. von Betriebsaufspaltungen von vornherein nicht erfasst, da sie keine neuen Arbeitsplätze schaffen. Dasselbe gilt, wenn zwei Firmen eine dritte gründen und dieser dann bestimmte Betriebe oder Betriebsteile übertragen.

### **c) Verhandlungen über einen Interessenausgleich**

Die in § 111 Satz 1 BetrVG vorgeschriebene »Beratung« zwischen Arbeitgeber und Betriebsrat kann zu einer Einigung über die geplante Betriebsänderung führen: Der Betriebsrat erklärt beispielsweise sein Einverständnis mit der Stilllegung, weil von ihr weniger Arbeitnehmer als befürchtet betroffen werden. Ob dieser sog. Interessenausgleich, der die unternehmerische Entscheidung als solche betrifft, einklagbar ist, wird unterschiedlich beurteilt, ist aber im Regelfall zu bejahen

Nachweise bei Däubler, in: Däubler/Klebe/Wedde (Hrsg.), Kommentar zum BetrVG, 18. Aufl., Frankfurt/Main 2022, §§ 112, 112a Rn. 23 ff.

Eindeutig ist darüber hinaus in § 113 Abs. 1 BetrVG festgelegt, dass der Arbeitgeber eine Abfindung bezahlen muss, wenn er ohne zwingenden Grund von der getroffenen Abmachung abweicht und deshalb Arbeitnehmer entlassen werden. Der Interessenausgleich stellt allerdings grundsätzlich keine Betriebsvereinbarung, sondern eine sonstige betriebsverfassungsrechtliche Kollektivvereinbarung dar.

Kommt in den Verhandlungen kein Interessenausgleich zustande, so können sowohl der Betriebsrat wie auch der Unternehmer den Vorstand der Bundesagentur für Arbeit um Vermittlung ersuchen. Geschieht dies nicht oder bleibt der Vermittlungsversuch ergebnislos, so kann nach § 112 Abs. 2 BetrVG jede Seite die Einigungsstelle anrufen. Dort soll weiterverhandelt und eine Einigung versucht werden (§ 112 Abs. 3 BetrVG). Kommt sie nicht zustande, so steht es dem Unternehmer frei, die ihm richtig erscheinende Entscheidung zu treffen. Er ist dabei weder an die Vorstellungen des Betriebsrats noch an eigene frühere Angebote noch an irgendwelche Vermittlungsvorschläge gebunden. Trotz dieser sehr einseitigen Verteilung der Gewichte besteht kein Anlass, die Verhandlungen über den Interessenausgleich gering zu schätzen. Schöpft der Arbeitgeber nicht alle Möglichkeiten einschließlich des Einigungsstellenverfahrens aus, so muss er ggf. Abfindungen nach § 113 BetrVG bezahlen.

BAG 18. 12. 1984 – 1 AZR 176/82 – NZA 1985, 400

Viel wichtiger ist allerdings das dem Betriebsrat eingeräumte Recht, dem Arbeitgeber im Wege der einstweiligen Verfügung betriebsbedingte Kündigungen untersagen zu lassen, bis das Verfahren über den Interessenausgleich mit oder ohne Einigung beendet ist.

LAG Hamburg 8. 6. 1983 – 6 TaBV 9/83 – DB 1983, 2369; LAG Frankfurt 30. 8. 1984 – 4 TaBVGa 113/84 – DB 1985, 178; LAG München 22. 12. 2008 – 6 TaBVGa 6/08 – AuR 2009, 142; weitere Nachweise auch zu gegenteiligen LAG-Entscheidungen bei Däubler, a.a.O., §§ 112, 112a Rn. 52 ff.

Der dem Betriebsrat eingeräumte Anspruch auf Verhandlungen wird so davor bewahrt, zu einem Recht auf eine Theaterveranstaltung zu werden.

#### **d) Das Mitbestimmungsrecht über den Sozialplan**

§ 112 Abs. 1 Satz 2 BetrVG definiert den Sozialplan als »Einigung über den Ausgleich oder die Milderung der wirtschaftlichen Nachteile, die den Arbeitnehmern infolge der geplanten Betriebsänderung entstehen«. Er betrifft lediglich die sozialen und personellen Konsequenzen, die sich aus der als solcher nicht mehr in Frage gestellten

Unternehmerentscheidungen ergeben. Über den Sozialplan wird im gleichen Verfahren wie über den Interessenausgleich verhandelt, doch besteht ein ganz entscheidender Unterschied: Stimmen Arbeitgeber und Betriebsrat auch vor der Einigungsstelle nicht überein, so bestimmt die Einigungsstelle von sich aus den Inhalt des Sozialplans. Dabei kommt der Stimme des neutralen Vorsitzenden die entscheidende Bedeutung zu. Insoweit, aber auch nur insoweit besteht daher ein Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats. Anders als im Regelfall der Interessenausgleich gewährt der Sozialplan dem einzelnen Arbeitnehmer einklagbare Ansprüche gegen den Arbeitgeber, da er nach § 112 Abs. 1 Satz 3 BetrVG die Wirkung einer Betriebsvereinbarung hat. Eine nachträgliche »Abweichung« ist daher auch aus zwingenden Gründen nicht möglich, eine Kündigung kommt allenfalls bei Dauerleistungen in Betracht.

Vom Inhalt des Sozialplans hängt es weitgehend ab, ob die Betriebsänderung schwere, nicht wiedergutzumachende Einbußen an Lebensqualität für die Arbeitnehmer zur Folge hat oder ob – so das andere Extrem – die Krisensituation völlig unbeschadet überstanden wird. Ausgangspunkt für die Bemessung der Leistungen sind die Nachteile, die den betroffenen Arbeitnehmern durch die Betriebsänderung entstehen. Ziel des Sozialplans ist die volle Kompensation („Ausgleich“), sofern nicht die wirtschaftliche Situation des Unternehmens lediglich eine „Milderung“ zulässt. Das BAG (24. 8. 2004 – 1 ABR 23/03 – NZA 2005, 302) gibt den Betriebsparteien die freie Wahl, ob sie sich mehr am Ausgleich oder mehr an der Milderung orientieren wollen, doch muss Letztere auf alle Fälle „spürbar“ sein (sog. Mindestdotierung). Andernfalls hätte der Sozialplan seine Aufgabe verfehlt und wäre rechtswidrig. Betrachten wir die Sozialplanleistungen bei Verlust des Arbeitsplatzes, da die Ausgleichsleistungen bei Veränderungen der Arbeitsbedingungen im vorliegenden Zusammenhang weniger interessieren.

Kommt es zu Kündigungen oder zu anderen Formen des Arbeitsplatzverlustes, so wird in der Regel eine Abfindung festgesetzt. Dies ist deshalb besonders wichtig, weil das deutsche Recht anders als viele ausländische Rechtsordnungen keine automatische Abfindung bei Kündigungen durch den Arbeitgeber vorsieht. Die Höhe der Zahlungen lässt sich nur schwer bestimmen, da die Betroffenheit sehr unterschiedlich sein kann: Der gesuchte Spezialist wird vielleicht sogar den »Tapetenwechsel« begrüßen und eine gleichwertige oder gar eine bessere Stelle finden, der ältere oder leistungsgeminderte

Kollege hat möglicherweise nie mehr eine Chance auf einen neuen Arbeitsplatz. Die Praxis hilft sich mit Pauschalierungen, die auf das Lebensalter und die Dauer der Betriebszugehörigkeit abstellen; meist nimmt man dabei als Bezugsgröße die Monatsvergütung. Verbreitet ist eine Formel, wonach Lebensalter und Jahre der Betriebszugehörigkeit zu multiplizieren und dann durch einen zwischen 30 und 120 liegenden Divisor zu teilen sind. Je niedriger der Divisor, umso besser der Sozialplan. Ältere Arbeitnehmer werden gegenüber Jüngeren deutlich bevorzugt, was das BAG

5.11. 2009 – 2 AZR 676/08, NZA 2010, 457 Tz. 27

allerdings nicht als unzulässiges Anknüpfen an das Alter und damit als Diskriminierung ansieht.

**Beispiel:** Arbeitnehmer X ist 45 Jahre alt und seit 15 Jahren im Betrieb beschäftigt. Die Multiplikation ergibt die Zahl 675. Bei einem »mäßigen« Sozialplan (Divisor 110) erhält der Betroffene 6,1 Monatsgehälter als Abfindung, bei einem »guten« Sozialplan (Divisor 40) erhält er 16,875 Monatsgehälter.

Außerdem wird häufig für jeden Beschäftigten, der mindestens ein Jahr im Unternehmen tätig war, ein Sockelbetrag von z. B. 3000 Euro festgelegt. Behinderte müssen wegen ihrer schlechteren Position auf dem Arbeitsmarkt einen Ausgleich bekommen. Um eine Diskriminierung wegen des Geschlechts zu vermeiden, ist auch die Eigenschaft als alleinerziehende Person bei der Bemessung der Gesamtleistungen zu berücksichtigen, da sonst Frauen schlechter gestellt sind.

Große Bedeutung kann auch eine Ausgleichszahlung gewinnen, die die Differenz zwischen Kurzarbeiter- und Arbeitslosengeld auf der einen und Nettovergütung auf der anderen Seite abdeckt. Dies bietet sich insbesondere für solche Beschäftigte an, die nicht mehr weit vom Rentenalter entfernt sind.

Vorgesehen werden weiter Umzugs-, aber auch Umschulungs- und Fortbildungskosten. Daneben kommen zahlreiche andere Leistungen in Betracht, die vom Zweck des Sozialplans her – Entschädigung für den Verlust des Arbeitsplatzes und der im Laufe des Arbeitsverhältnisses erworbenen Vorteile sowie »Überleitung und Vorsorge« für die Zeit

nach Durchführung der Betriebsänderung (So BAG 13. 12. 1978 – GS 1/77 – AP Nr. 6 zu § 112 BetrVG 1972) – gerechtfertigt sind. Die immateriellen Interessen des Arbeitnehmers, der mit seiner betrieblichen Existenz auch einen großen Teil seiner bisherigen sozialen Umwelt verliert, sind m. E. bei der Bemessung der Abfindung mit zu berücksichtigen, scheiden jedoch im Übrigen als auszugleichende »Nachteile« aus.

Nach »oben« hin wird der Inhalt des Sozialplans durch den Gedanken des Ausgleichs wirtschaftlicher Nachteile sowie durch die „wirtschaftliche Vertretbarkeit für das Unternehmen“ begrenzt. Was dies bedeutet, entscheidet notfalls die Einigungsstelle; dabei ist u. a. zu berücksichtigen, welche Belastungen sich das Unternehmen in anderen Zusammenhängen selbst zumutet.

Kommt ein Sozialplan erst durch Spruch der Einigungsstelle, also durch Mehrheitsentscheidung zustande, so ist § 112 Abs. 5 BetrVG zu beachten. Die vorgesehenen Leistungen sollen »in der Regel den Gegebenheiten des Einzelfalls Rechnung tragen« und haben die Aussichten der betroffenen Arbeitnehmer auf dem Arbeitsmarkt zu berücksichtigen. Das Sozialplanvolumen darf nicht so bestimmt werden, dass der Fortbestand des Unternehmens oder die verbleibenden Arbeitsplätze gefährdet werden. Weiter sollen jene Arbeitnehmer von Leistungen ausgeschlossen werden, die einen zumutbaren Arbeitsplatz im Betrieb, Unternehmen oder Konzern ablehnen. Schließlich muss der Sozialplan Individualrechte unberührt lassen: Abfindungsansprüche dürfen nicht davon abhängig gemacht werden, dass keine Kündigungsschutzklage erhoben wird

BAG 20. 6. 1985 – 2 AZR 427/84 – NZA 1986, 258,

der Weg zum Arbeitsgericht darf nicht durch eine Schiedsklausel abgeschnitten werden.

BAG 27. 10. 1987 – 1 AZR 80/86 – NZA 1988, 207

Dem Arbeitgeber steht es frei, neben dem Sozialplan eine Zusatzabfindung zu versprechen, wenn der Betroffene seine Kündigung akzeptiert und auf ein gerichtliches Verfahren verzichtet. Allerdings darf hierfür nur ein Bruchteil der Sozialplanabfindungen vorgesehen werden (BAG 15. 2. 2005 – 9 AZR 116/04 – NZA 2005, 1117). Nach der

jüngsten Rechtsprechung des BAG (7.12.2021 – 1 AZR 562/20 – NZA 2022, 281) können die verfügbaren Mittel in beliebigem Umfang für diese sog. Turboprämie vorgesehen werden, es sei denn, der Sozialplan würde seine Funktion der Milderung wirtschaftlicher Nachteile auch nicht mehr „ansatzweise“ erfüllen.

### **e) Transfersozialplan**

Seit dem Abschluss eines »Beschäftigungsplans« bei der Firma **Grundig** im Jahre 1985 hat sich mehr und mehr die Erkenntnis durchgesetzt, dass die in Sozialplänen vorgesehenen Abfindungen und Ausgleichsleistungen in Zeiten der Massenarbeitslosigkeit nicht genügen: Viel wichtiger wird die Chance, wenigstens nach einiger Zeit wieder einen angemessenen Arbeitsplatz zu erhalten. Hier setzen die sog. Transfersozialpläne an. Sie sehen Qualifizierungsmaßnahmen für die Betroffenen vor. Ursprünglich wurden die Unternehmen auch zur Entwicklung neuer Produkte und zur Erschließung neuer Märkte verpflichtet (man sprach damals von »Beschäftigungsplänen«), doch erwies sich dies in der Praxis als schwer durchführbar.

In der Gegenwart können Weiterbildungs- und Umschulungsmaßnahmen dadurch erleichtert werden, dass die Arbeitsverwaltung sog. Transfer-Kurzarbeitergeld nach § 111 SGB III gewährt oder dass sie nach § 110 SGB III Zuschüsse zu solchen Sozialplanmaßnahmen bewilligt, die der »Eingliederung« der Betroffenen dienen. Häufig erfolgt eine Übernahme der Betroffenen durch eine Transfergesellschaft im Wege eines »dreiseitigen Vertrages« zwischen Arbeitnehmer, Arbeitgeber und Transfergesellschaft.

### **f) Arbeitsplatzgarantien**

Bisweilen kommt in der Praxis der Fall vor, dass Abmachungen über unternehmerische Entscheidungen getroffen werden, die einklagbare Rechte vermitteln sollen. Zu denken ist insbesondere an eine zeitlich befristete Arbeitsplatzgarantie, die etwa einen Ausgleich für die Zustimmung des Betriebsrats zu einer Teilschließung oder zu einer Reduzierung außertariflicher Vergütungen darstellt. Eine solche Vereinbarung ist ein vollgültiger Vertrag – und zwar ohne Rücksicht darauf, wie man sich zur Einklagbarkeit des Interessenausgleichs im Allgemeinen stellt. § 113 BetrVG besitzt keine Exklusivwirkung derart, dass im unternehmerischen Bereich keine stärkeren Bindungen möglich wären. Für

einen derartigen Eingriff in die Vertragsfreiheit von Arbeitgeber und Betriebsrat fehlt jeder Anhaltspunkt; der Betriebsrat besitzt nach §§ 111 ff. BetrVG auch die funktionelle Zuständigkeit für derartige Fragen. Wollte man anders entscheiden, müsste überdies der umständliche Weg einer Aufnahme der Arbeitsplatzgarantie in die Arbeitsverträge gewählt werden.

### **g) Sanktionen gegen mitwirkungsfeindliche Arbeitgeber**

Zieht ein Unternehmer entgegen § 111 Satz 1 BetrVG den Betriebsrat nicht zur Beratung über einen Interessenausgleich heran und führt er die geplante Betriebsänderung gleichwohl durch, so soll ihn das teuer zu stehen kommen: § 113 Abs. 3 BetrVG sieht für solche Fälle eine Abfindung entsprechend § 10 KSchG (der für rechtswidrige Kündigungen gilt) für alle die Arbeitnehmer vor, die aufgrund der Arbeitgebermaßnahme ihren Arbeitsplatz verlieren. Auf die Form des Arbeitsplatzverlustes kommt es dabei nicht an; erfasst ist auch ein Arbeitnehmer, der auf Veranlassung des Arbeitgebers einen Aufhebungsvertrag schließt oder selbst kündigt.

BAG 8. 11. 1988 – 1 AZR 687/87 – NZA 1989, 278

Dieser Anspruch, der bis zu zwölf Monatsbezügen, bei älteren Arbeitnehmern bis zu achtzehn Monatsbezügen gehen kann, entsteht allein mit Rücksicht auf das übergangene Mitwirkungsrecht des Betriebsrats und hindert diesen nicht, nachträglich noch den Abschluss eines Sozialplans zu verlangen.

Bemerkenswert ist, dass § 113 BetrVG trotz seines »Sanktionscharakters« auch dann eingreift, wenn den Arbeitgeber gar kein Verschulden trifft,

BAG 8. 6. 1999 – 1 AZR 831/98 – NZA 1999, 1168

wenn er nur zu spät in Verhandlungen mit dem Betriebsrat eintrat oder wenn er darauf verzichtete, die Einigungsstelle anzurufen

BAG 18. 12. 1984 – 1 AZR 176/82 – NZA 1985, 400.

Der Sanktionscharakter des § 113 BetrVG läuft allerdings dann weithin leer, wenn der Betriebsrat nachträglich den Abschluss eines Sozialplans erreicht, weil der Nachteilsausgleich voll auf die dort vorgesehenen Leistungen angerechnet wird.

BAG 20. 11. 2001 – 1 AZR 97/01 – NZA 2002, 992

Davon könnte man zwar z. B. auch durch Spruch der Einigungsstelle abweichen, doch gelingt der Arbeitnehmerseite ein solcher Erfolg nur sehr selten.

## **2. Handlungsmöglichkeiten der Gewerkschaft**

Die Verhandlungen über Interessenausgleich und Sozialplan lassen die Handlungsmöglichkeiten der Gewerkschaft unberührt. Wie sich mittelbar aus § 112 Abs. 1 Satz 4 BetrVG ergibt, stehen Tarifsystem und Verhandlungen über Interessenausgleich und Sozialplan nebeneinander. Die Gewerkschaft kann daher einen Tarifvertrag abschließen, der Leistungen des Arbeitgebers vorsieht, die weit über das durch Sozialplan Erreichbare hinausgehen.

Der Arbeitgeber wird zu einem solchen Entgegenkommen nicht freiwillig bereit sein. Vielmehr stellt sich die Frage, ob die Gewerkschaftsmitglieder und darüber hinaus ein großer Teil der Belegschaft zu einem Streik bereit sind. In der Regel ist dies nicht der Fall, weil die Arbeitsniederlegung in Deutschland für viele Belegschaften nicht zu den akzeptierten und praktizierten Verhaltensformen gehört. In der Regel ist allenfalls damit zu rechnen, dass in den Verhandlungen über den Sozialplan auf die „Ausweichstrategie“ einer tarifvertraglichen Lösung hingewiesen wird. Ist dies aus Sicht des Arbeitgebers eine ernsthaft in Betracht kommende Möglichkeit, wird er vermutlich in den Verhandlungen ein größeres Maß an Kompromissbereitschaft zeigen.

Besteht im Einzelfall Bereitschaft zu einer Arbeitsniederlegung, so stehen einem Streik nach der Rechtsprechung im Regelfall keine rechtlichen Hindernisse entgegen.

BAG 6. 12. 2006 – 4 AZR 798/05, NZA 2007, 987

In der konkreten Situation hatte die Gewerkschaft für die Gekündigten drei Jahre Fortzahlung ihres bisherigen Entgelts verlangt. Außerdem sollte der Arbeitgeber die Kosten für eine Umschulung übernehmen, soweit diese nicht von der Arbeitsverwaltung getragen würden. Das BAG entschied, es sei nicht seine Aufgabe, die Angemessenheit von Forderungen zu überprüfen; insoweit seien die Beteiligten frei. Ein Streik ist immer rechtmäßig, wenn es um die Bewältigung der Folgen einer Betriebsschließung geht. Auch wenn die Realisierung der Streikforderungen die geplante Verlagerung wirtschaftlich sinnlos machen würde, ist dies nach BAG kein unerlaubter Eingriff in die unternehmerische Freiheit. Ob auch für einen Tarifvertrag gestreikt werden darf, der die Verlagerung verbietet, also direkt eine unternehmerische Maßnahme korrigieren will, blieb unentschieden; im konkreten Fall hatte die Gewerkschaft aus Vorsicht keine solche Forderung erhoben.

Von diesen Grundsätzen gibt es eine Ausnahme: Besteht bereits ein ungekündigter Tarifvertrag, der die Betriebsstilllegung regelt, wäre durch einen Streik um denselben Gegenstand die Friedenspflicht verletzt. Solche Fälle gibt es aber in der Praxis so gut wie nie.

Auch unionsrechtlich bestehen keine Bedenken, wenn zur Verteidigung der Arbeitsplätze der „Wegzug“ von Unternehmen in einen anderen EU-Mitgliedstaat durch Streik verhindert werden soll. Der darin liegende Eingriff in die Niederlassungsfreiheit ist in einem solchen Fall nach der Rechtsprechung des EuGH gerechtfertigt.

EuGH 11.11.2007 – C-438/05, AuR 2008, 33 – Viking. Dazu M. Kania ZESAR 2010, 112, 117 ff.

Denkbar ist allerdings der Einwand, ein Streik könne nicht viel ausrichten, wenn der fragliche Betrieb sowieso geschlossen werden soll. Dem ist entgegenzuhalten, dass es nicht wenige Fälle gibt, in denen noch weitergearbeitet wird, weil der ausländische Standort noch nicht (oder noch nicht in vollem Umfang) zur Verfügung steht. Außerdem können andere nicht von Verlagerung betroffene Belegschaften im Wege des Solidaritätsstreiks gleichfalls die Arbeit niederlegen, was effektiven Druck entfalten würde.

BAG 19.6.2007 – 1 AZR 396/06 – NZA 2007, 1055

Dies ist jedenfalls innerhalb eines Konzerns jederzeit möglich.

Verpflichtet sich ein Unternehmen gegenüber der Gewerkschaft, bestimmte Maßnahmen nicht zu treffen, z. B. eine Mindestzahl an Arbeitsplätzen aufrecht zu erhalten oder an einem bestimmten Standort weiterhin ein bestimmtes Produkt herzustellen, so ist dies grundsätzlich verbindlich. Kündigt der Arbeitgeber an, sich anders zu verhalten, oder setzt er dies gar schon um, so kann er im Wege der einstweiligen Verfügung gezwungen werden, sich vertragstreu zu verhalten und die übernommenen Verpflichtungen zu erfüllen.

LAG Niedersachsen 18.5.2011 – 17 SaGa 1939/10 – AiB 2011, 481

Häufig kommt es zu solchen Abmachungen aber nicht, weil ein Streik droht. Typisch ist vielmehr die Situation, dass der Arbeitgeber im Interesse der Senkung der Lohnkosten im Inland den Abschluss eines Firmentarifs erstrebt, der erheblich unter dem Niveau des Branchentarifs liegt, als Gegenleistung dafür aber gewisse Mindestgarantien oder Mitentscheidungsrechte der Belegschaften bei bestimmten Fragen gewährt.

Zur Tarifpraxis s. im Einzelnen Däubler, Tarifverträge zur Unternehmenspolitik? HSI-Schriftenreihe Band 16, Frankfurt/Main 2016, S. 16 ff., abrufbar unter [https://www.hugo-sinzheimer-institut.de/faust-detail.htm?sync\\_id=HBS-006720](https://www.hugo-sinzheimer-institut.de/faust-detail.htm?sync_id=HBS-006720) und [www.daeubler.de](http://www.daeubler.de) (28.7.2022)

Abmachungen dieser Art sind auch im Zusammenhang mit einer Verlagerung denkbar.

### **3. Europäischer Globalisierungsfonds**

Bei größeren Personalabbaumaßnahmen kommt eine Förderung durch den Europäischen Globalisierungsfonds (EGF) in Frage, der seit 1. 1. 2007 besteht und über ein Jahresbudget von bis zu 500 Mio Euro verfügt. Rechtsgrundlage war lange Zeit die »Verordnung (EG) Nr. 1927/2006 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 20. 12. 2006«, die durch die Verordnung (EG) Nr. 546/2009 vom 18. Juni 2009 (ABl. L

167/26) grundlegend umgestaltet wurde. Heute gilt die Verordnung (EU) 2021/691 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 28. April 2021 über den Europäischen Fonds für die Anpassung an die Globalisierung zugunsten entlassener Arbeitnehmer und zur Aufhebung der Verordnung (EU) 1309/2013 (ABl L 153/48).

Eine Förderung setzt nach Art 4 Abs. 2 der Verordnung voraus, dass innerhalb einer bestimmten Frist eine bestimmte Zahl von Arbeitnehmern entlassen wird. Im Einzelnen lautet Art. 4 Abs. 2:

„(2) Im Falle größerer Umstrukturierungsmaßnahmen wird ein Finanzbeitrag aus dem EGF bereitgestellt, wenn einer der folgenden Umstände vorliegt:

- a) innerhalb eines Bezugszeitraums von vier Monaten kommt es in einem Unternehmen in einem Mitgliedstaat in mindestens 200 Fällen zur Entlassung von Arbeitnehmern oder zur Aufgabe der Erwerbstätigkeit von Selbstständigen; dies schließt entsprechende Fälle bei Zulieferern oder nachgeschalteten Herstellern ein;
- b) innerhalb eines Bezugszeitraums von sechs Monaten kommt es in mindestens 200 Fällen zur Entlassung von Arbeitnehmern oder zur Aufgabe der Erwerbstätigkeit von Selbstständigen, insbesondere in KMU, die alle in derselben Branche der NACE-Rev.2-Abteilung tätig sind und in einer oder in zwei aneinandergrenzenden Regionen auf NUTS-2-Niveau oder in mehr als zwei aneinandergrenzenden Regionen auf NUTS-2-Niveau verortet sind, wobei in diesem Fall mindestens 200 Arbeitnehmer oder Selbstständige in zwei dieser Regionen betroffen sein müssen;
- c) innerhalb eines Bezugszeitraums von vier Monaten kommt es in mindestens 200 Fällen zur Entlassung von Arbeitnehmern oder zur Aufgabe der Erwerbstätigkeit von Selbstständigen, insbesondere in KMU, die alle in derselben oder in unterschiedlichen Branchen der NACE-Rev.2-Abteilung tätig sind und in derselben Region auf NUTS-2-Niveau verortet sind.“

Frühere Fassungen hatten 500 Entlassungen vorausgesetzt.

Der EGF ist nicht dazu da, Sozialplanabfindungen aufzustoßen oder die Umstrukturierung von UN zu finanzieren. Vielmehr geht es ausschließlich um die Förderung von Maßnahmen der aktiven Arbeitsmarktpolitik, insbesondere um Aus- und Weiterbildung und um Mobilitätshilfen.

In Deutschland sind lediglich die Fälle BenQ und Heidelberger Druckmaschinen bekannt. Die im Fall BenQ errichtete Transfergesellschaft erhielt einen Zuschuss von 12,8 Mio. Euro für die von ihr durchgeführten Weiterbildungsmaßnahmen, so dass diese ihre Tätigkeit um fünf Monate verlängern konnte. Die Firma Heidelberger Druckmaschinen erhielt über 8 Mio. Euro, um Maßnahmen der Weiterbildung und der Jobsuche möglich zu machen. Die Höchstgrenze der Förderung lag ursprünglich bei 50 % der Maßnahmekosten, kann jetzt jedoch bis zu 85 % betragen. Gleichwohl ist nicht erkennbar, dass Deutschland weitere Anträge gestellt hätte. Die Gründe sind sehr schwer zu ermitteln, da im arbeitsrechtlichen Schrifttum durchaus auf diese Möglichkeit der Co-Finanzierung hingewiesen wurde.

#### **IV. Drohung mit Verlagerung**

Aus der Praxis wird häufig berichtet, dass in Verhandlungen mit dem Betriebsrat wie mit der Gewerkschaft mit einer Verlagerung gedroht wurde. Dies erfolgt meist in formal zurückhaltender Form, etwa in der Weise, dass auf die „wirtschaftlich unausweichliche Notwendigkeit“ hingewiesen wird, sich einem Standort mit geringeren Lohnkosten zuzuwenden.

Ein solches Verhalten entzieht dem Streikrecht oder genereller: dem Verhandlungsrecht der Gewerkschaft die Grundlage und stellt deshalb einen unverhältnismäßigen Eingriff in das Grundrecht aus Art. 9 Abs. 3 GG dar. Rechtsprechung, die dies bestätigen würde, ist jedoch nicht vorhanden. Außerdem liegt ein Verstoß gegen die Leitsätze der OECD für multinationale Unternehmen vor, wonach solche Drohungen explizit untersagt sind.

Nr. V 7 – S. 43 - in der Fassung von 2011 – abrufbar unter  
<http://www.oecd.org/daf/inv/mne/48808708.pdf> – abgerufen am 21. 7. 2020.

Wird die Drohung gegenüber einem Betriebsrat ausgesprochen, kann dieser wegen Behinderung seiner Tätigkeit einen Unterlassungsanspruch geltend machen.

ArbG Leipzig 5.9.2002 – 7 BVGa 54/02 – NZA-RR 2003, 142

Davon wird allerdings nur in Fällen Gebrauch gemacht, in denen eine Verlagerung nicht ernsthaft droht, weil sich für den Arbeitgeber selbst gravierende Nachteile ergeben würden.

## **V. Zusammenfassung**

1. Bei grenzüberschreitenden Verlagerungen kommt die Betriebsübergangsrichtlinie und der sie umsetzende § 613a BGB in Deutschland nur selten zur Anwendung, weil keine eigenständige wirtschaftliche Einheit übertragen wird. Eine Erweiterung auf Fälle der reinen Funktionsnachfolge würde zwar den Anwendungsbereich deutlich erweitern, jedoch am Status quo nichts ändern, da im Regelfall nicht mit der Bereitschaft der Beschäftigten zu rechnen ist, ihren Lebensmittelpunkt in ein anderes Land zu verlagern.
2. Das deutsche Recht sieht die Möglichkeit vor, die Verlagerung ins Ausland von erheblichen Abfindungszahlungen abhängig zu machen. Betriebsräte und Gewerkschaften haben dafür die nötigen Handlungsmöglichkeiten.
3. Bei Betrieben ohne Betriebsrat und aktive Gewerkschaftsgruppe stehen diese Rechte auf dem Papier. In solchen Fällen wäre an eine gesetzlich vorgesehene Mindestabfindung zu denken.
4. Rechtspolitisch wäre die Vorstellung zu diskutieren, Unternehmen, die Arbeitsplätze verlagern, zur Zahlung einer Abgabe an einen Fonds zu verpflichten, der die Aufgabe hätte, neue Arbeitsplätze zu schaffen.

5. Die Drohung mit Verlagerung in Verhandlungen sollte über die OECD-Leitsätze hinaus rechtsverbindlich ausgeschlossen werden.