www.betriebs-berater.de

Betriebs Berater

75 Jahre

27|2021

LkSG ... M&A ... Einlagenrückgewähr ... IFRS ... Betriebsübergang ... Recht ... Wirtschaft ...

5.7.2021 | 76. Jg.
Seiten 1601–1664

DIE ERSTE SEITE

Prof. Dr. Andreas Barckow
Was Nachhaltigkeitsberichterstattung in Europa und das Wettrennen zum Mond gemein haben

WIRTSCHAFTSRECHT

Dr. Thomas Helck, RA
Gesetz über die unternehmerischen Sorgfaltspflichten in Lieferketten:
Worauf sich Unternehmen zukünftig vorbereiten müssen | 1603

Dr. Maximilian Findeisen, RA
Clean Exit – Vertragliche Gestaltung der Haftungsreduzierung und Haftungsverlagerung
in der M&A-Transaktion | 1607

Dr. Andreas von Werder, LL.M., RA/FAStR/Notar, und **Maximilian Hobuß**, RA
Mit-Beurkundung von Drittvereinbarungen im Rahmen von GmbH-Share-Deals? | 1612

STEUERRECHT

Lars Behrendt, StB, und **Bogdan Hinz**, StB/FBIStR
Steuerpflicht von Dividenden und Kapitalauskehrungen im Kapitalgesellschaftskonzern – Teil I | 1623

Dr. Philipp Fölsing, RA
Nachweis der Einlagenrückgewähr: Verfassungs- und unionsrechtswidrig? | 1627

BILANZRECHT UND BETRIEBSWIRTSCHAFT

Jürgen Fodor und **Wilhelm-Friedrich Puschinski**
Bye-bye, Checkliste – Exposure Draft zum IAS 19-Disclosure | 1642

ARBEITSRECHT

Markulf Behrendt, RA, und **Lukas Hoffmann**, LL.M. (LSE), RA
Einheitliche Arbeitsverhältnisse beim Betriebsübergang | 1652

Fachmedien Recht und Wirtschaft | dfv Mediengruppe | Frankfurt am Main

Markulf Behrendt, RA, und Lukas Hoffmann, LL.M. (LSE), RA

Einheitliche Arbeitsverhältnisse beim Betriebsübergang

Im Rahmen von Unternehmenstransaktionen stehen kollektivrechtliche Vereinbarungen erfahrungsgemäß im Fokus der arbeitsrechtlichen *Due Diligence*-Prüfung. Dies gilt insbesondere, wenn die anstehende Transaktion mit einem Betriebsübergang im Sinne des § 613a Abs. 1 S. 1 BGB verbunden ist. Die Rechtsfigur des einheitlichen Arbeitsverhältnisses ist allerdings ein gutes Beispiel dafür, dass auch individualvertragliche Vereinbarungen sorgfältig geprüft werden sollten. Dieser Beitrag untersucht, ob ein einheitliches Arbeitsverhältnis als Folge eines Betriebsübergangs entstehen und welche Folgen ein Betriebsübergang für einheitliche Arbeitsverhältnisse haben kann. Hierneben sollen für die damit verbundenen Risiken praxisgerechte Lösungen aufgezeigt werden.

I. Grundlagen des einheitlichen Arbeitsverhältnisses

Die Rechtsfigur des einheitlichen Arbeitsverhältnisses wurde vom Bundesarbeitsgericht in ständiger Rechtsprechung entwickelt. In einer jungen Entscheidung vom 27.3.1981 hat das BAG erstmals anerkannt, dass nicht nur auf Seiten der Arbeitnehmer, sondern auch auf Arbeitgeberseite eine Mehrheit natürlicher oder juristischer Personen bzw. mehrere rechtlich selbstständige Gesellschaften an einem Arbeitsverhältnis beteiligt sein können.[1] Bei dem einheitlichen Arbeitsverhältnis handelt es sich im Vergleich zu anderen Mehrfacharbeitsverhältnissen im engeren Sinne um „die stärkste Form der rechtlichen Abhängigkeit".[2] Davon zu unterscheiden sind Mehrfacharbeitsverhältnisse im weiteren Sinne, bei denen lediglich ein wirtschaftlicher Zusammenhang zwischen mehreren Arbeitsverhältnissen eines Arbeitnehmers mit einem oder mehreren Arbeitgebern besteht.[3]

1. Voraussetzungen eines einheitlichen Arbeitsverhältnisses

Die Annahme eines einheitlichen Arbeitsverhältnisses erfordert einen rechtlichen Zusammenhang zwischen den arbeitsvertraglichen Beziehungen des Arbeitnehmers zu den einzelnen Arbeitgebern, der es verbietet, diese Beziehungen rechtlich getrennt zu behandeln. Dieser rechtliche Zusammenhang kann sich aus zwingenden rechtlichen Wertungen, aber auch aus einer Auslegung des Vertragswerks der Parteien ergeben.[4] Dem objektiven Empfängerhorizont gemäß §§ 133, 157 BGB nach ist auszulegen, ob nach den Vorstellungen der Parteien die einzelnen Vereinbarungen nur gemeinsam gelten und zusammen durchgeführt werden, also Teile eines Gesamtgeschäfts sein sollen.[5] In der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts werden grundsätzlich hohe Anforderungen an die Annahme eines einheitlichen Arbeitsverhältnisses gestellt.[6] Auch in der Literatur ist anerkannt, dass z. B. in Matrixorganisationen nur ausnahmsweise ein einheitliches Arbeitsverhältnis anzunehmen ist.[7]

Die Annahme eines einheitlichen Arbeitsverhältnisses setzt aber nicht voraus, dass die Arbeitgeber zueinander in einem bestimmten Rechtsverhältnis stehen, einen Gemeinschaftsbetrieb führen oder gar den Arbeitsvertrag gemeinsam abschließen.[8] Dies bedeutet umgekehrt aber nicht, dass der gemeinsame Abschluss eines Arbeitsvertrags durch mehrere Arbeitgeber die Annahme eines einheitlichen Arbeitsverhältnisses ausschließt. Im Rahmen der arbeitsrechtlichen *Due Diligence*-Prüfung wird sich der Hinweis auf das Vorliegen eines oder mehrerer einheitlicher Arbeitsverhältnisse naturgemäß aus dem gemeinsamen Abschluss der Arbeitsverträge auf Arbeitgeberseite ergeben. Dies gilt insbesondere, wenn es sich bei dem Zielobjekt der Transaktion um eine Konzerngesellschaft handelt. Schließlich wird man einheitliche Arbeitsverhältnisse regelmäßig zwischen mehreren konzernverbundenen Unternehmen annehmen können.[9] Oft wird eine solche Mehrheit von Konzernunternehmen auch nur aus „optischen" Gründen im Rubrum des Arbeitsvertrags aufgeführt.[10]

2. Rechtsfolgen eines einheitlichen Arbeitsverhältnisses

Es werden zwar hohe Anforderungen an die Annahme eines einheitlichen Arbeitsverhältnisses gestellt, doch sind die Rechtsfolgen für die daran beteiligten Arbeitgeber weitreichend. Wie weit die Pflichten aus dem einheitlichen Arbeitsverhältnis im Einzelfall reichen, ergibt sich aus der jeweiligen vertraglichen Vereinbarung.[11] Dies gilt sowohl für die Pflicht zur Vergütung als auch für die Pflicht zur Beschäftigung des Arbeitnehmers. Zwar wird die Auslegung des Arbeitsvertrags regelmäßig ergeben, dass der Arbeitnehmer die vereinbarte Vergütung nur einmal erhalten soll, oft aber nicht, welcher der beteiligten Arbeitgeber zur Zahlung verpflichtet ist. In diesem Fall gilt § 427 BGB, wonach die Arbeitgeber im Zweifel als Gesamtschuldner haften. Schwieriger gestaltet sich die Auslegung, welchen der beteiligten Arbeitgeber die Beschäftigungspflicht trifft. Die Pflicht zur Beschäftigung richtet sich nach dem Recht auf die Arbeitsleistung. Sind die Arbeitgeber diesbezüglich nur Teilgläubiger gemäß § 420 Var. 2 BGB, sind sie nur Teilschuldner der Beschäftigungspflicht. Sind sie aber Gesamtgläubiger gemäß § 428 S. 1 BGB der Arbeitsleistung, sind sie auch Gesamtschuldner der Beschäftigungspflicht.[12] Eine gesamtschuldnerische Beschäftigungspflicht ist insbesondere anzunehmen,

1 BAG, 27.3.1981 – 7 AZR 523/78, NJW 1984, 1703, 1703.
2 *Lange*, NZA 2012, 1121, 1122.
3 *Lange*, NZA 2012, 1121, 1121.
4 BAG, 27.3.1981 – 7 AZR 523/78, NJW 1984, 1703, 1703.
5 BAG, 19.4.2012 – 2 AZR 186/11, NZA 2013, 27, 28.
6 Vgl. BAG, 5.12.2019 – 2 AZR 147/19, BB 2020, 1018, NZA 2020, 505, 507 f.
7 Vgl. *Bauer/Herzberg*, NZA 2011, 713, 715; *Kort*, NZA 2013, 1318, 1320.
8 BAG, 27.3.1981 – 7 AZR 523/78, NJW 1984, 1703, 1703.
9 *Lange*, NZA 2012, 1121, 1126.
10 *Lange*, NZA 2012, 1121, 1124.
11 *Lange*, NZA 2012, 1121, 1122.
12 *Lange*, NZA 2012, 1121, 1122.

wenn die Vertragsauslegung ergibt, dass insgesamt nur eine Vollbeschäftigung des Arbeitnehmers beabsichtigt wurde.[13]

Darüber hinaus ist die Annahme eines einheitlichen Arbeitsverhältnisses mit weitreichenden Folgen für den Kündigungsschutz verbunden. Im Regelfall kann ein einheitliches Arbeitsverhältnis nur von und gegenüber allen Beteiligten einer Vertragsseite gekündigt werden.[14] Neben dem „logistischen Aufwand", der mit dem Erfordernis einer eigenen Kündigungserklärung aller beteiligter Arbeitgeber zwangsläufig einhergeht,[15] stellen auch die Anforderungen an das Vorliegen eines Kündigungsgrundes die Praxis vor Herausforderungen. Die Kündigungsvoraussetzungen müssen grundsätzlich im Verhältnis zu jedem der Beteiligten gegeben sein. Allerdings kann sich das Vorliegen eines Kündigungsgrundes im Verhältnis zu einem der Beteiligten auch im Verhältnis zu den übrigen Beteiligten auswirken. Eine ordentliche betriebsbedingte Kündigung ist jedenfalls bei einer gesamtschuldnerischen Beschäftigungspflicht sozialwidrig, solange auch nur einer der beteiligten Arbeitgeber den Arbeitnehmer voll beschäftigten kann und im Verhältnis zu ihr keine personen- oder verhaltensbedingte Kündigungsgründe vorliegen.[16] Darüber hinaus ist offen, ob zumindest eine betriebsbedingte Änderungskündigung zulässig ist, wenn eine teilschuldnerische Beschäftigungspflicht vorliegt und der Beschäftigungsbedarf bei einem der beteiligten Arbeitgeber dauerhaft entfallen ist,[17] weshalb sich die Annahme eines einheitlichen Arbeitsverhältnisses für die Erwerber als Restrukturierungshemmnis herausstellen kann, insbesondere nach dem Vollzug der Transaktion.

II. Einheitliches Arbeitsverhältnis als Folge des Betriebsübergangs

Doch bevor die Folgen eines Betriebsübergangs für ein einheitliches Arbeitsverhältnis dargestellt werden, soll zunächst darauf eingegangen werden, ob die Annahme eines einheitlichen Arbeitsverhältnisses auch Folge eines Betriebsübergangs sein kann. Ausgangspunkt dieser Frage ist ein „Normalarbeitsverhältnis" zwischen dem Arbeitnehmer und dem Veräußerer als dessen Vertragsarbeitgeber. Ob das Arbeitsverhältnis übergeht, richtet sich beim Betriebsübergang grundsätzlich nach § 613a Abs. 1 S. 1 BGB, wonach der Erwerber in die Rechte und Pflichten aus den im Zeitpunkt des Übergangs bestehenden Arbeitsverhältnissen eintritt. Doch welche Folgen hat ein Betriebsübergang für ein Arbeitsverhältnis, wenn der Betrieb auf zwei oder mehr Erwerber übergeht? Im Folgenden stellt sich nicht die Frage, ob das Arbeitsverhältnis überhaupt, sondern vielmehr *wie* es übergeht. Ob infolge eines Betriebsübergangs ein einheitliches Arbeitsverhältnis mit den Erwerbern angenommen werden kann, ist in der Rechtsprechung offen. Der dafür erforderliche rechtliche Zusammenhang könnte darin bestehen, dass die Erwerber den übergegangenen Betrieb als gemeinsamen Betrieb mehrerer Unternehmen im Sinne des § 1 Abs. 1 S. 2 BetrVG führen. Während das Landesarbeitsgericht Niedersachsen diesen Fall für denkbar hält,[18] musste das Bundearbeitsgericht die Frage nicht entscheiden. Es konnte nämlich nicht festgestellt werden, dass die Erwerber einen Gemeinschaftsbetrieb führen.[19]

1. Gemeinschaftsbetrieb als rechtlicher Zusammenhang

In seiner Entscheidung hat das BAG klargestellt, dass sich der zur Annahme eines einheitlichen Arbeitsverhältnisses erforderliche rechtliche Zusammenhang zwischen den arbeitsvertraglichen Beziehungen des Arbeitnehmers zu den einzelnen Arbeitgebern nicht aus einem Betriebsübergang selbst ergibt.[20] Diese Rechtsprechung hat das BAG in der Zwischenzeit bestätigt.[21] Zwar zwingt ein Betriebsübergang noch nicht zur Annahme eines einheitlichen Arbeitsverhältnisses, doch könnte die Führung des übergegangenen Betriebs als Gemeinschaftsbetrieb mehrerer Unternehmen die Voraussetzung des rechtlichen Zusammenhanges erfüllen. Vor dem Hintergrund der Entscheidung des Landesarbeitsgerichts Niedersachsen wird dies in der Literatur befürwortet, wenn das Arbeitsverhältnis des Arbeitnehmers nach dem Betriebsübergang nicht mehr nur einem, sondern nur noch mehreren Arbeitgebern zugeordnet werden kann.[22] Dem ist entgegenzuhalten, dass auch bei einem Gemeinschaftsbetrieb bestimmte Bereiche regelmäßig einem der beteiligten Unternehmen zugeordnet werden können.[23] Zwar erscheint nicht völlig ausgeschlossen, dass die Führung des übergegangenen Betriebs als Gemeinschaftsbetriebs grundsätzlich eine zwingende rechtliche Wertung darstellt, aus der sich der zur Annahme eines einheitlichen Arbeitsverhältnisses erforderliche rechtliche Zusammenhang ergibt, doch ist dies nur in praktischen Ausnahmefällen denkbar. Dafür müsste im Hinblick auf die wirtschaftliche Einheit, der der Arbeitnehmer zuzuordnen ist, eine einheitliche Leitung in personellen und sozialen Angelegenheiten bestehen, wobei nicht feststellbar ist, bei welchem der Erwerber der Schwerpunkt liegt.[24]

2. Gespaltenes Arbeitsverhältnis als Folge des Betriebsübergangs

Das umgekehrte Ergebnis erzielte der Europäische Gerichtshof in seiner Entscheidung vom 26.3.2020. Danach ist Art. 3 Abs. 1 RL 2001/23/EG im Falle eines Betriebsübergangs, an dem mehrere Erwerber beteiligt sind, dahingehend auszulegen, dass die Rechte und Pflichten aus einem Arbeitsvertrag auf jeden der Erwerber anteilig, entsprechend der vom betreffenden Arbeitnehmer wahrgenommenen Aufgaben übergehen, sofern die daraus folgende Aufspaltung des Arbeitsvertrags möglich ist und weder eine Verschlechterung der Arbeitsbedingungen nach sich zieht, noch die Wahrung der durch die Richtlinie gewährleisteten Ansprüche berührt.[25] In dem der Entscheidung zugrundeliegenden Sachverhalt war die Mitarbeiterin Govaerts zunächst bei der ISS Facility Services NV beschäftigt, einem Unternehmen, das insbesondere für die Reinigung von auf drei Lose aufgeteilter Gebäude im belgischen Gent zuständig war. Nachdem zwei andere Reinigungsunternehmen jeweils anteilig den Zuschlag für die drei Lose erhalten hat, war ISS der Ansicht, das Arbeitsverhältnis von Govaerts sei anteilig auf die beiden anderen Unternehmen übergegangen. Der Europäische Gerichtshof ist dieser Ansicht gefolgt, indem er die Alternative, wonach der Arbeitsvertrag nur auf den Erwerber übergeht, bei dem der Arbeitnehmer seine Aufgaben hauptsächlich

13 BAG, 27.3.1981 – 7 AZR 523/78, NJW 1984, 1703, 1705.
14 BAG, 27.3.1981 – 7 AZR 523/78, NJW 1984, 1703, 1705.
15 *Lange*, NZA 2012, 1121, 1123.
16 BAG, 27.3.1981 – 7 AZR 523/78, NJW 1984, 1703, 1706.
17 Vgl. dafür *Lange*, NZA 2012, 1121, 1123.
18 LAG Niedersachsen, 22.2.2005 – 13 Sa 1316/04, NZA-RR 2005, 521.
19 BAG, 16.2.2006 – 8 AZR 211/05, NZA 2006, 592, 594.
20 BAG, 16.2.2006 – 8 AZR 211/05, NZA 2006, 592, 594.
21 BAG, 26.7.2007 – 8 AZR 769/06, NZA 2008, 112, 115.
22 *König*, Arbeitgebermehrheiten, 1. Aufl., Baden-Baden 2019, S. 208.
23 *Lange*, NZA 2012, 1121, 1125.
24 *Lange*, NZA 2012, 1121, 1125.
25 EuGH, 26.3.2020 – C-344/18 (ISS Facility Services NV/Sonia Govaerts), NZA 2020, 503, 505.

wahrnimmt, zugunsten dieses Erwerbers verworfen hat, weil die Rechte und Pflichten aus einem Vollzeitarbeitsvertrag auf ihn übergehen, der Arbeitnehmer seine Aufgaben bei ihm aber nur in Teilzeitbeschäftigung wahrnimmt.[26]

Die Entscheidung des Europäischen Gerichtshofs wird in der Literatur zu Recht kritisiert.[27] Insbesondere müssen sich die beteiligten Erwerber, auf die die Rechte und Pflichten aus dem betreffenden Arbeitsverhältnis anteilig, entsprechend der vom Arbeitnehmer wahrgenommenen Aufgaben übergehen, untereinander abstimmen. Dies gilt zum Beispiel für die Arbeits- und Urlaubszeiten des Arbeitnehmers, wobei die Arbeitgeber häufig gegenläufige Interessen haben dürften.[28] Inwiefern den Interessen der Erwerber mit der Entscheidung gedient ist, ist zumindest fraglich. Doch auch die Interessen des betreffenden Arbeitnehmers werden dadurch beeinträchtigt. Dies zeigt sich am Beispiel der Arbeitszeit, weil die Aufspaltung eines Vollzeitarbeitsverhältnisses in mehrere Teilzeitarbeitsverhältnisse zwangsläufig sowohl mit Mehrarbeit als auch Mehraufwand einhergehen dürfte.[29] Zwar dürfte eine solche Aufspaltung des Arbeitsverhältnisses regelmäßig „realitätsfern" sein,[30] doch belegt die Entscheidung des Europäischen Gerichtshofs, dass die Rechtsprechung nicht davor zurückschreckt, die im Zeitpunkt des Übergangs beim Veräußerer bestehenden Arbeitsverhältnisse zulasten der Erwerber mitzugestalten.

III. Folgen des Betriebsübergangs für einheitliche Arbeitsverhältnisse

Doch welche Folgen hat ein Betriebsübergang für ein einheitliches Arbeitsverhältnis? Dass sich die Annahme eines einheitlichen Arbeitsverhältnisses als Restrukturierungshemmnis für die Erwerber herausstellen kann, steht unter dem Vorbehalt, dass das Arbeitsverhältnis überhaupt auf die Erwerber übergeht. Das kann der Fall sein, wenn die Unternehmenstransaktion mit einem Betriebsübergang im Sinne des § 613a BGB verbunden ist. Ein Betriebsübergang in diesem Sinne kommt aber nur in Betracht, wenn die Transaktion als *Asset Deal* strukturiert ist, also bei der Veräußerung von materiellen oder immateriellen Vermögenswerten und der im Wesentlichen unveränderten Fortführung der gegenständlichen Einheit. In diesen Fällen ist sorgfältig zu prüfen, ob der Erwerber gemäß § 613a Abs. 1 S. 1 BGB in die Rechte und Pflichten aus den im Zeitpunkt des Übergangs bestehenden Arbeitsverhältnissen eintritt. Diese Frage stellt sich insbesondere bei einheitlichen Arbeitsverhältnissen, an denen mehrere Arbeitgeber als Veräußerer beteiligt sind. Im Folgenden sollen die Folgen des Betriebsübergangs in den verschiedenen denkbaren Fällen[31] dargestellt werden.

1. Betriebsübergang zwischen allen Arbeitgebern und einem Erwerber

Im Ausgangsfall kommt es zum Betriebsübergang zwischen allen an dem einheitlichen Arbeitsverhältnis beteiligten Arbeitgebern als Veräußerern und einem Erwerber. In diesem Fall bleibt es bei der Anwendung der Grundregel des § 613a Abs. 1 S. 1 BGB: der Erwerber tritt in die Rechte und Pflichten aus dem im Zeitpunkt des Betriebsübergangs bestehenden einheitlichen Arbeitsverhältnis ein, während alle bisherigen Arbeitgeber ausscheiden.[32] Dabei macht es keinen Unterschied, wie viele Arbeitgeber auf Veräußererseite an dem einheitlichen Arbeitsverhältnis beteiligt sind, solange alle bisherigen Arbeitgeber an dem Betriebsübergang auf den Erwerber beteiligt sind. In diesem Fall wird aus dem einheitlichen Arbeitsverhältnis also ein Normalarbeitsverhältnis mit dem Erwerber als Arbeitgeber. Zwar verliert der betroffene Arbeitnehmer dadurch seine vorteilhafte kündigungsschutzrechtliche Stellung, doch erscheint dieser durch die Möglichkeit zur Ausübung des Widerspruchsrechts gemäß § 613a Abs. 6 BGB ausreichend geschützt. Der Arbeitnehmer hat ein Wahlrecht: entweder widerspricht er dem Übergang seines Arbeitsverhältnisses und entscheidet sich zugunsten des durch das einheitliche Arbeitsverhältnis vermittelten Kündigungsschutzes oder er begründet ein Arbeitsverhältnis mit dem Erwerber. Insoweit birgt das einheitliche Arbeitsverhältnis beim Betriebsübergang kaum Risiken.

2. Betriebsübergang zwischen einem Arbeitgeber und einem Erwerber

Riskanter, insbesondere aus Sicht des Erwerbers, erscheint dagegen der Fall, bei dem nicht alle bisherigen, sondern nur ein Arbeitgeber als Veräußerer an dem Betriebsübergang beteiligt ist. In diesem Fall kommt es zum Betriebsübergang zwischen nur einem an dem einheitlichen Arbeitsverhältnis beteiligten Arbeitgeber und einem Erwerber. Ob der Erwerber auch in diesem Fall gemäß § 613a Abs. 1 S. 1 BGB allein in die Rechte und Pflichten aus dem Arbeitsverhältnis eintritt, richtet sich danach, ob die Tatbestandsvoraussetzungen des Betriebsübergangs für alle an dem einheitlichen Arbeitsverhältnis beteiligten Arbeitgeber erfüllt sind. In der Literatur wird dies bezweifelt, wenn nicht alle beteiligten Arbeitgeber auch Inhaber des übergegangenen Betriebs sind.[33] Ein Betriebsinhaberwechsel in diesem Sinne liegt vor, wenn an die Stelle des bisherigen Betriebsinhabers ein anderer tritt, der den Betrieb im eigenen Namen fortführt.[34] Verantwortlich für den Betrieb ist die Person, die die wirtschaftliche Einheit im eigenen Namen führt und nach außen als deren Inhaber auftritt, weshalb es nicht ausreicht, lediglich im Verhältnis zur Belegschaft als Inhaber aufzutreten.[35] Weil ein bloß „passiver" Arbeitgeber jedenfalls auch kein Arbeitgeber im betriebsverfassungsrechtlichen Sinne wäre,[36] wird ein Ausscheiden dieser Arbeitgeber infolge eines Betriebsübergangs bezweifelt. Dieselbe Frage stellt sich in der Praxis im Hinblick auf die Beteiligung aller bisherigen Arbeitgeber an dem für einen Betriebsübergang vorausgesetzten Rechtsgeschäft: tritt der Erwerber gemäß § 613a Abs. 1 S. 1 BGB allein in die Rechte und Pflichten aus dem Arbeitsverhältnis ein, wenn nicht alle bisherigen Arbeitgeber auf Veräußererseite stehen?

a) Reichweite des Bestandsschutzes

Die Rechtsfolge dessen wäre auch in diesem Fall, dass der betroffene Arbeitnehmer dadurch seine vorteilhafte kündigungsschutzrechtliche Stellung verliert. Dies könnte aber dem Schutzzweck des § 613a Abs. 1 S. 1 BGB zuwiderlaufen. Denn dadurch soll erreicht werden, dass das Arbeitsverhältnis zu den bisherigen Bedingungen zwischen

26 EuGH, 26.3.2020 – C-344/18 (ISS Facility Services NV/Sonia Govaerts), NZA 2020, 503, 504.
27 Vgl. *Benkert*, NJW-Spezial 2020, 274, 274; *Bömer*, EuZA 2021, 73, 78 ff.; *Löw/Stolzenberg*, NZA 2020, 1279, 1280 ff.
28 *Benkert*, NJW-Spezial 2020, 274.
29 *Löw/Stolzenberg*, NZA 2020, 1279, 1282.
30 *Bömer*, EuZA 2021, 73, 82
31 Vgl. *Lange*, NZA 2012, 1121, 1124 f.; *Meyer*, NZA 2013, 1326, 1330 f.
32 *König*, Arbeitgebermehrheiten, 2019, S. 206; *Lange*, NZA 2012, 1121, 1124.
33 *Lange*, NZA 2012, 1121, 1125; *Meyer*, NZA 2013, 1326, 1331.
34 BAG, 6.2.1985 – 5 AZR 411/83, BB 1986, 1716 Ls, NZA 1985, 735, 735.
35 BAG, 25.1.2018 – 8 AZR 309/16, BB 2018, 1719, NZA 2018, 933, 940.
36 *Lange*, NZA 2012, 1121, 1125.

dem Arbeitnehmer und dem Erwerber des Betriebs fortbesteht.[37] Weil der kündigungsrechtliche Schutz des Arbeitnehmers durch das Ausscheiden weiterer Arbeitgeber beeinträchtigt wird,[38] stellt sich die Frage, wie weit der Bestandsschutz reicht. Selbstverständlich bezweckt § 613a Abs. 1 S. 1 BGB nicht den pauschalen Schutz von Arbeitgebermehrheiten.[39] Was aber gilt, wenn eine solche Mehrheit von Arbeitgebern zur Folge hat, dass das Arbeitsverhältnis nur unter strengen Voraussetzungen gekündigt werden kann? Zum Vergleich: der im Arbeitsverhältnis mit dem Veräußerer aufgrund der Beschäftigtenzahl erwachsene Kündigungsschutz geht nicht mit dem Arbeitsverhältnis auf den Erwerber über, wenn in dessen Betrieb die Voraussetzungen des § 23 Abs. 1 KSchG nicht vorliegen. Das Erreichen des Schwellenwertes und der dadurch entstehende Kündigungsschutz ist nämlich kein Recht aus dem übergehenden Arbeitsverhältnis.[40] Demgegenüber sind die beim Veräußerer erbrachten Beschäftigungszeiten bei der Berechnung der Wartezeit nach § 1 Abs. 1 KSchG zu berücksichtigen.[41]

b) Ausscheiden nicht beteiligter Arbeitgeber?

Zwar könnte man argumentieren, dass das Vorhandensein einer Arbeitgebermehrheit vergleichbar mit dem Erreichen des Schwellenwertes des § 23 Abs. 1 KSchG kein Recht aus dem übergehenden Arbeitsverhältnis, sondern allenfalls eine Tatbestandsvoraussetzung für ein Recht ist,[42] doch greift dieser Vergleich zu kurz. Schließlich ist die Arbeitgebermehrheit keine Tatbestandsvoraussetzung für den Kündigungsschutz nach dem Kündigungsschutzgesetz, sondern vermittelt in Gestalt der richterrechtlichen Figur des einheitlichen Arbeitsverhältnisses einen erhöhten Kündigungsschutz. Insoweit wird in der Literatur vertreten, dass nicht ausgeschlossen werden kann, dass Arbeitgeber, die nicht als Veräußerer an dem Rechtsgeschäft beteiligt sind, auch nicht ausscheiden. Dies soll insbesondere in solchen Fällen gelten, in denen weitere Vertragsarbeitgeber dem Arbeitnehmer nur zur „kündigungsrechtlichen Absicherung" dienen.[43]

c) Stellungnahme

Mangels eindeutiger Anhaltspunkte im Wortlaut, muss sich die Auslegung nach dem Zweck des § 613a Abs. 1 S. 1 BGB richten. Richtig ist insoweit, dass die Regelung des Betriebsübergangs in § 613a Abs. 1 S. 1 BGB einen möglichst umfassenden Bestandsschutz zugunsten der betroffenen Arbeitnehmer bezweckt. Dass der Arbeitnehmer eines einheitlichen Arbeitsverhältnisses keine berechtigten Erwartungen dahingehend haben darf, seine kündigungsschutzrechtlich vorteilhafte Stellung beim Betriebsübergang zu behalten,[44] darf deshalb keine Rolle spielen. Doch auch nach einer teleologischen Auslegung ist der Verlust der vorteilhaften kündigungsschutzrechtlichen Stellung des betroffenen Arbeitnehmers nicht zwingend zweckwidrig.[45] Vielmehr ist nicht zu erkennen, warum etwas anderes gelten sollte als im vorstehenden Ausgangsfall. Schließlich erscheint der betroffene Arbeitnehmer auch in diesem Fall durch die Möglichkeit zur Ausübung des Widerspruchsrechts gemäß § 613a Abs. 6 BGB ausreichend geschützt. Dadurch hat der Arbeitnehmer selbst in der Hand, ob er seine vorteilhafte kündigungsschutzrechtliche Stellung verliert oder nicht. Mangels höchstrichterlicher Rechtsprechung besteht gleichwohl ein Restrisiko, dass der Erwerber womöglich nicht allein in die Rechte und Pflichten aus dem Arbeitsverhältnis eintritt, sondern neben die bisherigen Arbeitgeber, die nicht an dem Betriebsübergang beteiligt sind.

3. Betriebsübergang zwischen mehreren Arbeitgebern

Weniger risikobehaftet ist der Betriebsübergang zwischen mehreren Arbeitgebern, die an einem einheitlichen Arbeitsverhältnis beteiligt sind, etwa zwischen mehreren Konzernunternehmen. Wegen des Wechsels der Rechtspersönlichkeit findet § 613a Abs. 1 S. 1 BGB grundsätzlich auch auf einen Betriebsübergang zwischen Konzernunternehmen Anwendung.[46] Dementsprechend soll ein Betriebsübergang in diesem Fall zur Folge haben, dass derjenige Arbeitgeber, der Erwerber ist, in alle Rechte und Pflichten aus dem Arbeitsverhältnis eintritt.[47] Aus einem einheitlichen Arbeitsverhältnis wird infolge des Betriebsübergangs deshalb auch in diesem Fall ein Normalarbeitsverhältnis mit dem Erwerber.[48] Man könnte jedoch eine teleologische Reduktion des § 613a BGB erwägen, weil mit dem Erwerber bereits vor dem Betriebsübergang ein Arbeitsverhältnis bestand. Jedenfalls wenn alle anderen Arbeitgeber auf Veräußererseite stehen, verändern sich die Arbeitsbedingungen nämlich nicht.[49] Weil § 613a BGB neben dem Bestandsschutz des Arbeitsverhältnisses aber auch eine Information des Arbeitnehmers über den Betriebsübergang bezweckt, kommt eine teleologische Reduktion nicht in Betracht.[50] Ausdruck dessen ist die Unterrichtungspflicht gemäß § 613a Abs. 5 BGB. Schließlich hat der Arbeitnehmer dadurch die Möglichkeit, dem Übergang seines Arbeitsverhältnisses gemäß § 613a Abs. 6 S. 1 BGB zu widersprechen.[51] Durch die Ausübung des Widerspruchsrechts kann der betroffene Arbeitnehmer auch dem mit dem Betriebsübergang einhergehenden Verlust seiner vorteilhaften kündigungsschutzrechtlichen Stellung begegnen, weshalb er auch in diesem Fall ausreichend geschützt ist.

IV. Folgen für die Praxis

Während sich die Annahme des einheitlichen Arbeitsverhältnisses infolge eines Betriebsübergangs durch eine geschickte Planung der Transaktion auf Erwerberseite vermeiden lässt,[52] stellt sich aber die Frage, wie man die Risiken von einheitlichen Arbeitsverhältnissen beim Betriebsübergang praxisgerecht abmildern kann. Die Lösung liegt in der Vertragsgestaltung. Zum einen kommt eine vorbeugende Gestaltung der einheitlichen Arbeitsverträge in Betracht. Zum anderen können die verbleibenden Risiken der Transaktion im Kaufvertrag zwischen Veräußerer und Erwerber oder in mehrseitigen Verträgen zwischen Veräußerer, Erwerber und Arbeitnehmer abgebildet werden.

1. Gestaltung der einheitlichen Arbeitsverträge

Sollte trotz oder sogar wegen der weitreichenden Folgen für den gesetzlichen Kündigungsschutz das Bedürfnis für die Vereinbarung eines einheitlichen Arbeitsverhältnisses bestehen, sind die daran betei-

37 BAG, 12.5.1992 – 3 AZR 247/91, BB 1993, 145, NZA 1992, 1080, 1081.
38 *Lange*, NZA 2012, 1121, 1125.
39 *König*, Arbeitgebermehrheiten, 2019, S. 207.
40 BAG, 15.2.2007 – 8 AZR 397/06, BB 2007, 1453 m. BB-Komm. *Melot de Beauregard*, NZA 2007, 739, 740.
41 BAG, 27.6.2002 – 2 AZR 270/01, BB 2003, 583 m. BB-Komm. *Mayer*, NZA 2003, 145, 146.
42 Vgl. *Gussen*, in: BeckOK ArbR, 58. Edition 01.12.2020, § 613a BGB, Rn. 83.
43 *Lange*, NZA 2012, 1121, 1124.
44 *Lange*, NZA 2012, 1121, 1125.
45 *König*, Arbeitgebermehrheiten, 2019, S. 207.
46 *Preis*, in: ErfK, 21. Aufl. 2021, § 613a BGB, Rn. 43.
47 *König*, Arbeitgebermehrheiten, 2019, S. 206; *Lange*, NZA 2012, 1121, 1125.
48 *König*, Arbeitgebermehrheiten, 2019, S. 207.
49 *Meyer*, NZA 2013, 1326, 1331.
50 *Lange*, NZA 2012, 1121, 1125.
51 *Lange*, NZA 2012, 1121, 1125.
52 Vgl. *Lange*, NZA 2012, 1121, 1125.

ligten Arbeitgeber gut beraten, die Folgen eines Betriebsübergangs bei der Vertragsgestaltung im Blick zu haben. Schließlich hat die flexible Ausübung des fachlichen Weisungsrechts einen hohen kündigungsschutzrechtlichen Preis. Weil ein einheitliches Arbeitsverhältnis im Regelfall nur von und gegenüber allen Beteiligten einer Vertragsseite gekündigt werden kann, sollte ausdrücklich vereinbart werden, dass alle[53] oder zumindest einer[54] der beteiligten Arbeitgeber zur Möglichkeit der Kündigung mit Wirkung zugunsten der anderen Vertragsarbeitgeber berechtigt ist. Eine solche Vereinbarung ist ohne Weiteres zulässig[55] und minimiert den Aufwand, der mit der Kündigungserklärung einhergeht.

2. Gestaltung des Kaufvertrages

Ist das Kind aber schon in den Brunnen gefallen und es besteht keine solche Vereinbarung in den einheitlichen Arbeitsverträgen, können die Risiken im Kaufvertrag zwischen Veräußerer und Erwerber abgebildet werden. Zwar erscheint dies nicht zwingend, wenn alle am einheitlichen Arbeitsverhältnis beteiligten Arbeitgeber auf Veräußererseite stehen, doch bietet sich eine entsprechende Gestaltung jedenfalls an, wenn unklar ist, ob der übergehende Betrieb von allen Arbeitgebern geführt wird. Beteiligt man aber auch diese Arbeitgeber an dem Rechtsgeschäft, also dem Kaufvertrag, dann ließe sich die mit diesem Fall verbleibende Rechtsunsicherheit minimieren. Der Erwerber gewinnt zumindest etwas an Sicherheit, dass er allein in die Rechte und Pflichten aus dem Arbeitsverhältnis eintritt. Aus diesem Grund sollte der Kaufvertrag von allen beteiligten Arbeitgebern unterzeichnet werden,[56] wodurch diese an dem Rechtsgeschäft beteiligt werden.

3. Abschluss mehrseitiger Verträge

Noch aussichtsreicher erscheint es aber, die Risiken von einheitlichen Arbeitsverhältnissen durch mehrseitige Verträge zwischen Veräußerer, Erwerber und Arbeitnehmer zu minimieren. Jedenfalls sollte versucht werden, den Kaufvertrag durch den Abschluss solcher Überleitungsvereinbarungen[57] zu flankieren, denn dadurch kann insbesondere im Interesse des Erwerbers sichergestellt werden, dass alle am einheitlichen Arbeitsverhältnis beteiligten Arbeitgeber aus ihrer Stellung ausscheiden.[58] Dies gilt insbesondere für den Fall, dass nicht alle bisherigen Arbeitgeber an dem Betriebsübergang beteiligt sind. Schließlich kann das Widerspruchsrecht nach § 613a Abs. 6 BGB nur durch mehrseitige Verträge wirksam ausgeschlossen werden.[59] Jedenfalls wenn die vom Betriebsübergang betroffenen Arbeitnehmer um ihre vorteilhafte kündigungsschutzrechtliche Stellung wissen, kann sich etwa ein „Begrüßungsgeld“[60] anbieten, um sie zum Verzicht auf ihr Widerspruchsrecht zu bewegen. Darüber hinaus können sich mehrseitige Verträge auch anbieten, wenn sich der Betriebsübergang zwischen mehreren Arbeitgebern eines einheitlichen Arbeitsverhältnisses vollzieht. Dadurch ließe sich auch klarstellen, dass einzelne oder sogar alle bisherigen Arbeitgeber in ihrer Stellung verbleiben.[61]

V. Zusammenfassung

Es zeigt sich, dass das Bundesarbeitsgericht nicht in erster Linie an die Folgen eines Betriebsübergangs gedacht hat, als es die Rechtsfigur des einheitlichen Arbeitsverhältnisses entwickelte. Während die Annahme eines einheitlichen Arbeitsverhältnisses infolge eines Betriebsübergangs zwar theoretisch denkbar, aber praktisch vermeidbar ist, birgt ein Betriebsübergang nämlich sowohl für den Erwerber als auch für die Veräußerer Risiken. Bei einem Betriebsübergang, an dem alle beteiligten Arbeitgeber als Veräußerer beteiligt sind, tritt der Erwerber allein in die Rechte und Pflichten aus dem Arbeitsverhältnis ein, während alle bisherigen Arbeitgeber aus ihrer Stellung ausscheiden. Gleiches gilt für einen Betriebsübergang zwischen mehreren Arbeitgebern eines einheitlichen Arbeitsverhältnisses. Sind aber nicht alle Arbeitgeber an dem Betriebsübergang beteiligt, tritt der der Erwerber wohlmöglich nur neben die bisherigen Arbeitgeber. Gerade in diesem Fall bedarf es einer besonders sorgfältigen Prüfung der einheitlichen Arbeitsverträge im Rahmen der *Due Diligence*, insbesondere, wenn nicht ausdrücklich vereinbart wurde, dass eine Kündigung zugunsten der anderen Vertragsarbeitgeber wirkt. Doch auch dabei handelt es sich nicht um ein unlösbares Transaktionsrisiko, denn mit der richtigen Vertragsgestaltung lassen sich die Risiken praxisgerecht abmildern.

Markulf Behrendt ist Partner bei Allen & Overy LLP in Hamburg und Leiter der deutschen und der globalen Arbeitsrechtspraxis. Er ist zudem langjähriger Dozent der Hochschule Wismar.

Lukas Hoffmann ist als Associate im Arbeitsrechtsteam des Hamburger Büros von Allen & Overy LLP tätig.

53 *Lange*, NZA 2012, 1121, 1123; *Maschmann*, in: Matrixorganisationen, 2019, D. Kündigung, Rn. 258.
54 *Meyer*, NZA 2013, 1326, 1328.
55 *Maschmann*, in: Matrixorganisationen, 2019, D. Kündigung, Rn. 258.
56 *Lange*, NZA 2012, 1121, 1125.
57 Vgl. *Preis*, in: ErfK, 21. Aufl. 2021, § 613a BGB, Rn. 104.
58 *Meyer*, NZA 2013, 1326, 1331.
59 *Müller-Glöge*, in: MüKo, 8. Aufl. 2020, § 613a BGB, Rn. 115.
60 *Cohnen*, in: Münchener Anwaltshandbuch Arbeitsrecht, 5. Aufl. 2021, § 55, Rn. 93.
61 *Meyer*, NZA 2013, 1326, 1331.