

Das Widerspruchsrecht des Arbeitnehmers bei Betriebsübergang – ein Verstoß gegen EG-Recht?

Von Professor Dr. Wolfgang Däubler, Bremen

Bei dem nachfolgenden Beitrag handelt es sich um eine Entgegnung zu Bauer, NZA 1990, 881.

I. Das Problem

In ständiger Rechtsprechung räumt das BAG dem Arbeitnehmer das Recht ein, dem Übergang seines Arbeitsverhältnisses auf den Erwerber des Betriebes oder eines Betriebsteils zu widersprechen¹. Wird davon Gebrauch gemacht, bleibt das Arbeitsverhältnis zum Veräußerer bestehen. In aller Regel riskiert der Beschäftigte allerdings eine betriebsbedingte Kündigung, sofern nicht ausnahmsweise eine Weiterbeschäftigung in einem nicht übergebenen Betriebsteil oder in einem anderen Betrieb desselben Unternehmens möglich ist². In der Literatur wird deshalb die praktische Bedeutung des Widerspruchs als relativ gering eingeschätzt³. Immerhin ist denkbar, daß der Veräußerer der solventere Partner ist und deshalb ein sowieso unvermeidbarer Personalabbau mit einem besseren Sozialplan verbunden ist⁴. Auch kann im Einzelfall das Widerspruchsrecht „gebündelt“, d. h. von einer größeren Anzahl von Arbeitnehmern ausgeübt werden – es wird so zu einem Faktor, dem bei den Verhandlungen über den Unternehmenskauf Rechnung zu tragen ist⁵.

Nach Auffassung von Bauer gehört dies alles der Vergangenheit an⁶. Die BAG-Rechtsprechung lasse sich nicht mit der EG-Richtlinie vom 14. 2. 1977 „zur Angleichung der Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten über die Wahrung von Ansprüchen der Arbeitnehmer beim Übergang von Unternehmen, Betrieben oder Betriebsteilen (77/187/EWG)“⁷ vereinbaren. Dies habe das Urteil des EuGH vom 5. 5. 1988⁸ deutlich gemacht, das Art. 3 I der Richtlinie⁹ im Sinne eines automatischen, nicht vom Arbeitnehmer zu beeinflussenden Übergangs des Arbeitsverhältnisses auf den Erwerber interpretiert habe. Auch Meilicke kommt in einer kurzen Notiz zum selben Ergebnis¹⁰ während Jaeger die bisherige Rechtslage als nicht tangiert ansieht¹¹. Lenz-Mölls¹² halten die Einräumung von zusätzlichen Rechten an den Arbeitnehmer für unproblematisch, sehen jedoch insofern Schwierigkeiten, als ja auch die Übernehmer-Pflichten hinfällig würden; nur eine erneute Einschaltung des Gerichtshofs könne klären, ob sich das Widerspruchsrecht wirklich mit dem Günstigkeitsprinzip des Art. 7 der Richtlinie rechtfertigen lasse.

Die Meinungsunterschiede machen es notwendig, die EG-rechtliche Situation, insbesondere die genannte EuGH-Entscheidung etwas genauer zu betrachten.

II. Die Tragweite des EuGH-Urteils

1. Formelle Bindungswirkung?

Durch das EG-Anpassungsgesetz vom 13. 8. 1980¹³ wurde § 613a BGB an die genannte Richtlinie über erworbene Rechte¹⁴ angepaßt. Soweit bei seiner Auslegung Zweifel entstehen, ist eine „richtlinienkonforme“ Lösung zu wählen: Allein dies entspricht dem Vorrang des Gemeinschaftsrechts¹⁵. Ist der Inhalt der Richtlinie im Einzelfall nicht klar und kommt es auf ihn in concreto an, kann das nationale Gericht nach Art. 177 II EWGV den EuGH um eine verbindliche Interpretation ersuchen. Letztin-

stanzliche Gerichte sind hierzu nach Art. 177 III EWGV sogar verpflichtet.

Liegt zu einer konkreten Frage bereits ein EuGH-Urteil vor, so wirkt dieses nur *inter partes*¹⁶; es unterscheidet sich insoweit von Urteilen und Beschlüssen des BVerfG im Verfahren der konkreten Normenkontrolle nach Art. 100 GG, die nach § 31 BVerfGG eine umfassende Bindungswirkung entfalten. Dennoch sind EuGH-Entscheidungen im Rahmen des Art. 177 EWGV auch in anderen Verfahren nicht ohne Bedeutung. Ein letztinstanzliches Gericht könnte nicht einfach eine abweichende Auffassung vertreten, sondern müßte erneut vorlegen wenn es dem EuGH nicht folgen will¹⁷. Erst- und zweitinstanzliche Gerichte wären gut beraten, in einer solchen Situation dasselbe zu tun¹⁸.

2. Inhaltliche Aussagen des EuGH

In der Entscheidung vom 5. 5. 1988¹⁹ war es darum gegangen, daß ein Bar- und Diskothekenbetrieb aufgrund eines sogenannten Mietkaufvertrags nach niederländischem Recht auf den Erwerber übergegangen war. Zwei Angestellte, die gut neun Monate beim Erwerber weitergearbeitet hatten, machten rückständige Lohnansprüche auch gegenüber dem Veräußerer geltend. Der *Hoge Raad der Niederlande* legte dem EuGH u. a. die Frage vor, ob Art. 3 I der Richtlinie eine Haftungsbefreiung des Veräußerers vorsehe, ob diese der Zustimmung des Arbeitnehmers bedürfe oder ob dieser wenigstens der Haftungsbefreiung widersprechen könne²⁰. Der EuGH bejahte einen automatischen Übergang der Arbeitsverhältnisse auf den Erwerber. Auf die Absichten und Wünsche des Arbeitnehmers, auch auf einen eventuellen Widerspruch komme es dabei nicht an. Wörtlich wird ausgeführt²¹:

1) So bereits in der Grundsatzentscheidung AP § 613a BGB Nr. 1; zusammenfassend BAG, AP § 613a BGB Nr. 55.

2) Freie Arbeitsplätze in einem anderen Konzernunternehmen schließen die betriebsbedingte Kündigung dagegen grundsätzlich nicht aus: BAG, AP § 1 KSchG – Konzern – Nr. 4.

3) Binz-Rausser, BB 1980, 897; Pietzko, Der Tatbestand des § 613a BGB, 1988, S. 231 m. Fußn. 14; zuletzt Rüthers-Bakker, ZfA 1990, 258.

4) Vgl. Hüper, Der Betrieb im Unternehmerzugriff, 1986, S. 90 ff.

5) Pietzko (o. Fußn. 3), S. 232 f.

6) Bauer, NZA 1990, 881.

7) Text der Richtlinie in ABl v. 5. 3. 1977, Nr. L 61/26 sowie bei Däubler-Kittner-Lörcher (Hrsg.), Internationale Arbeits- und Sozialordnung, 1990, Nr. 432, und bei Debong, Die EG-Richtlinie über die Wahrung der Arbeitnehmeransprüche beim Betriebsübergang, 1988, S. XXXIII ff.

8) EuGHE 1988, 2559 (2577 ff.) = NZA 1990, 885 = EuZW 1990, 482.

9) Art. 3 I der Richtlinie lautet: „Die Rechte und Pflichten des Veräußerers aus einem zum Zeitpunkt des Übergangs i. S. des Art. 1 I bestehenden Arbeitsvertrag oder Arbeitsverhältnis gehen aufgrund des Übergangs auf den Erwerber über. Die Mitgliedstaaten können vorsehen, daß der Veräußerer auch nach dem Übergang i. S. des Art. 1 I neben dem Erwerber für Pflichten aus einem Arbeitsvertrag oder Arbeitsverhältnis einzustehen hat.“

10) Meilicke, DB 1990, 1770.

11) Jaeger, BetrR 1990, 138.

12) Lenz-Mölls, DB 1990, Beil. 15, S. 10.

13) BGBl I, 1308.

14) So die übliche Kurzbezeichnung.

15) Vgl. EuGH, DB 1984, 1042; für Berücksichtigung der Richtlinien schon während der vorgesehenen Umsetzungsfrist Birk, Anm. zu BAG, AP § 613a Nr. 10.

16) Nachw. bei Wohlfahrt, in: Grabitz, EWGV, Stand: September 1989, Art. 177 Rdnr. 70 ff.

17) Zur Verletzung des Rechts auf den gesetzlichen Richter nach Art. 101 I 2 GG durch den BFH in einem so gelagerten Fall s. BVerfG, EuGRZ 1988, 113.

18) Vgl. Bauer, NZA 1990, 883.

19) NZA 1990, 885.

20) Zusammenfassende Darstellung des Sachverhalts in den Schlußanträgen des Generalanwalts Mancini, EuGHE 1988, 2573.

21) EuGHE 1988, 2581 = NZA 1990, 885 Tz. 12.

„Nach ständiger Rechtsprechung ... soll die Richtlinie ... die Aufrechterhaltung der Rechte der Arbeitnehmer bei einem Wechsel des Inhabers des Unternehmens gewährleisten, indem sie den Arbeitnehmern die Möglichkeit einräumt, ihr Beschäftigungsverhältnis mit dem neuen Arbeitgeber zu denselben Bedingungen fortzusetzen, wie sie mit dem Veräußerer vereinbart waren. Sie bezweckt jedoch nicht die Fortsetzung des Arbeitsvertrags oder -verhältnisses mit dem Veräußerer für den Fall, daß die in dem Unternehmen beschäftigten Arbeitnehmer ihre Tätigkeit nicht für den Erwerber fortsetzen wollen.“

Im folgenden²² wird betont, auch der Hinweis auf den allgemeinen Grundsatz, wonach ein Schuldnerwechsel nur mit Zustimmung des Gläubigers erfolgen könne, führe nicht weiter; es gehe darum, den Bestand der Arbeitsverhältnisse „im Interesse der Beschäftigten“ zu bewahren.

Entgegen *Bauer*²³ kann dies nicht als Distanzierung von dem in der Bundesrepublik anerkannten Widerspruchsrecht des Arbeitnehmers verstanden werden. Schon vom Sachverhalt her ging es ausschließlich um die Frage, ob trotz der völlig unbestrittenen Weiterarbeit für den Erwerber der Veräußerer zu Zahlungen herangezogen werden konnte. Eine positive Antwort des *EuGH* hätte nicht etwa das Widerspruchsrecht bestätigt, sondern eine Art Doppelarbeitgeberschaft geschaffen: Zumindest bei entsprechender Willensrichtung der Arbeitnehmer (und wann würde sie fehlen?) hätte der Veräußerer die Stellung eines Gesamtschuldners, und zwar gerade auch in bezug auf solche Forderungen, die nach dem Betriebsübergang entstehen. Dies wäre eine jedenfalls dem deutschen Recht völlig unbekannteste Gestaltung, die – zumal eine zeitliche Grenze nicht angesprochen war – Betriebe wie Betriebsteile zu unverkäuflichen Objekten machen würde²⁴. Die Antwort des *EuGH* konnte also im Ergebnis schwerlich anders ausfallen.

Obwohl nur die Mithaftung des Veräußerers bei *übergangenen* Arbeitsverhältnis zur Debatte stand, betonte der *EuGH* in der oben mitgeteilten Textpassage, die Richtlinie „bezwecke“ nicht die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses mit dem Veräußerer. Anlaß hierfür war vermutlich das Vorbringen einiger Beteiligten, die sich unter anderem auch auf die Rechtsprechung des *BAG* bezogen hatten²⁵. Damit wird jedoch der Entscheidungsgegenstand nicht erweitert: Es ging ausschließlich um die Rechtsstellung von Arbeitnehmern, deren Arbeitsverhältnis auf den Erwerber übergegangen war. Daß Art. 3 I der Richtlinie den automatischen Übergang des Arbeitsverhältnisses vorsieht und nicht etwa die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses mit dem Veräußerer bei Widerspruch des Arbeitnehmers „bezweckt“, ist ein reines Obiter Dictum, das nach dem Gang der Argumentation nicht erforderlich gewesen wäre und das deshalb auch nicht zu den tragenden Gründen gehört. Doch davon ganz abgesehen: Die Aussage bezieht sich nur auf Art. 3 I der Richtlinie, dem somit kein Widerspruchsrecht entnommen werden kann; nichts ist damit zu der ganz anderen Frage gesagt, ob das nationale Recht weitergehen und eine entsprechende Befugnis einräumen kann.

III. Das Widerspruchsrecht des Arbeitnehmers als „günstigere Regelung“

Bei der Diskussion um die *EuGH*-Entscheidung vom 5. 5. 1988²⁶ hat das „Günstigkeitsprinzip“ des Art. 7 der Richtlinie bislang keine Rolle gespielt²⁷. Dies ist im Grunde erstaunlich, hat doch das *BAG* seine Rechtsprechung schon im Urteil vom 6. 2. 1980²⁸ mit dieser Vorschrift gerechtfertigt: Welchen Inhalt Art. 3 I der Richtlinie habe, könne dahinstehen, da die Gewährung eines Wider-

spruchsrechts an den Arbeitnehmer jedenfalls die günstigere Regelung i. S. des Art. 7 der Richtlinie wäre²⁹. Auch in der Literatur wurde dem im wesentlichen zugestimmt³⁰; ein Mehr an Rechten sei für den Arbeitnehmer immer die vorteilhaftere Variante³¹.

Vergleichsgrößen sind dabei Art. 3 I der Richtlinie – d. h. automatischer Übergang des Arbeitsverhältnisses auf den Erwerber – auf der einen Seite und die *BAG*-Rechtsprechung zu § 613a BGB auf der anderen Seite, die dem automatischen Übergang die Befugnis hinzufügt, weiter beim alten Arbeitgeber tätig sein zu können. Der „Positivsaldo“, der zugunsten der zweiten Alternative spricht, wird auch nicht dadurch in Frage gestellt, daß die Übernahmepflichten wegfallen³²: Dies ist eine selbstverständliche Folge der Ausübung des Wahlrechts. Wollte man anders entscheiden, wäre das *BAG* lediglich zu einem völlig überflüssigen Umweg gezwungen: Eine günstigere nationale Regelung sähe dann so aus, daß der automatisch übernommene Arbeitnehmer kündigt und ihm dann ein Rückkehrrecht zum alten Arbeitgeber eingeräumt wird. Ein solcher Eingriff in nationales Recht liegt der Richtlinie ersichtlich fern. Auch wertungsmäßig läßt sich nicht begründen, weshalb der Arbeitnehmer zwar kündigen und einen Aufhebungsvertrag schließen³³, nicht aber die Entstehung eines Arbeitsverhältnisses zum Erwerber verhindern kann.

Die Existenz eines Wahlrechts ist auch in anderen Zusammenhängen als die günstigere Gestaltung qualifiziert worden: Wer länger als bis zum 65. Lebensjahr arbeiten kann (aber nicht muß), ist besser gestellt als derjenige, für den das Arbeitsverhältnis definitiv mit dem 65. Lebensjahr endet³⁴.

Bei der Bestimmung der „Günstigkeit“ i. S. des Art. 7 der Richtlinie ist auch zu beachten, daß der *EuGH* in anderem Zusammenhang allein auf die Individualrechte der betroffenen Arbeitnehmer (und nicht auf mögliche „Fernwirkungen“) abstellte: Im Fall *Abels*³⁵ lehnte er die Erstreckung der Richtlinie auf die Betriebsveräußerung im Konkurs unter anderem mit dem Argument ab, es sei unklar, ob dadurch den Interessen der Arbeitnehmer eher genützt oder geschadet würde. Den Mitgliedstaaten sei es jedoch unbenommen, „allein auf der Grundlage ihres nationalen Rechts“ die Richtlinie ganz oder teilweise auch auf diesen Fall zu erstrecken³⁶. Warum soll dasselbe nicht auch für das in der Richtlinie ausgeklammerte Widerspruchsrecht gelten?

22) NZA 1990, 885 Tz. 13.

23) NZA 1990, 882 ff.

24) § 613a II sieht eine Weiterhaftung des Veräußerers nur für solche Forderungen vor, die vor Betriebsübergang entstanden waren und die innerhalb eines Jahres nach Betriebsübergang fällig werden.

25) *EuGHE* 1988, 2564 = NZA 1990, 885.

26) *EuGHE* 1988, 2564 = NZA 1990, 885.

27) Art. 7 der Richtlinie lautet: „Diese Richtlinie schränkt nicht die Möglichkeit der Mitgliedstaaten ein, für die Arbeitnehmer günstigere Rechts- oder Verwaltungsvorschriften anzuwenden oder zu erlassen.“

28) *BAG*, AP § 613a BGB Nr. 21.

29) *BAG*, AP § 613a BGB Nr. 21.

30) *Dehong* (o. Fußn. 7), S. 29 ff.; *Schreiber*, RdA 1982, 137 (141); *Seiter*, Betriebsinhaberwechsel, 1980, S. 66 f.; *Däubler*, in: *Däubler-Kittner-Lörcher* (o. Fußn. 7), S. 974. *Birk*, in: *Lichtenberg* (Hrsg.), Sozialpolitik in der EG, S. 168; *ders.*, RIW 1989, 14 hält die Auffassung des *BAG* für „problematisch“, ohne seine Bedenken näher zu spezifizieren. Gänzlich ablehnend (aber ohne auf Art. 7 Bezug zu nehmen) *ders.*, Anm. zu *BAG*, AP § 613a BGB Nr. 10.

31) So insb. *Dehong* (o. Fußn. 30), S. 31.

32) Anders *Lenz-Möller*, DB 1990, Beil. 15, S. 10.

33) Dafür auch *Lenz-Möller*, DB 1990, Beil. 15, S. 10 sowie *EuGHE* 1985, 2639 (2651 – Mikkelsen).

34) *BAG*, NZA 1990, 817 = DB 1990, 1724.

35) *EuGHE* 1985, 469 ff.

36) *EuGHE* 1985, 469 (484 f.).