

Grundlagen des Arbeits- und Sozialrechts

2021

ISBN 978-3-406-77060-9

C.H.BECK

schnell und portofrei erhältlich bei

[beck-shop.de](https://www.beck-shop.de)

Die Online-Fachbuchhandlung [beck-shop.de](https://www.beck-shop.de) steht für Kompetenz aus Tradition. Sie gründet auf über 250 Jahre juristische Fachbuch-Erfahrung durch die Verlage C.H.BECK und Franz Vahlen.

[beck-shop.de](https://www.beck-shop.de) hält Fachinformationen in allen gängigen Medienformaten bereit: über 12 Millionen Bücher, eBooks, Loseblattwerke, Zeitschriften, DVDs, Online-Datenbanken und Seminare. Besonders geschätzt wird [beck-shop.de](https://www.beck-shop.de) für sein

umfassendes Spezialsortiment im Bereich Recht, Steuern und Wirtschaft mit rund 700.000 lieferbaren Fachbuchtiteln.

wenn gem. § 26 Abs. 6 BDSG die Beteiligungsrechte des Betriebsrats ausdrücklich unberührt bleiben, ist eine Datenübermittlung (= Verarbeitung) im Rahmen der Beteiligung gleichwohl nur zulässig, wenn die Voraussetzungen des § 26 Abs. 1 BDSG erfüllt sind.³⁴ Da die Arbeitgeberin hier mit den Ermittlungsergebnissen von Polizei und Staatsanwaltschaft die beabsichtigten Verbundkündigungen begründete, liegen an sich die Voraussetzungen des § 26 Abs. 1 S.1 und 2 BDSG vor.

Gleichwohl könnte sich die Frage stellen, ob der Umfang der Unterrichtung (Einblick in die Ermittlungsakten und Videoaufzeichnungen) erforderlich und verhältnismäßig ist. Mit anderen Worten: Folgt aus den datenschutzrechtlichen Vorgaben eine inhaltliche Begrenzung der Unterrichtungspflicht iSd § 102 BetrVG? Neben den notwendig mitzuteilenden Personaldaten, der Kündigungsart und eventuell geltenden Fristen muss der Arbeitgeber dem Betriebsrat die aus seiner Sicht maßgeblichen Kündigungsgründe, also den Sachverhalt, so darstellen, dass der Betriebsrat ohne eigene Nachforschungen im Stande ist, die Stichhaltigkeit der Gründe zu prüfen und sich eine eigene Meinung bilden zu können.³⁵ Allerdings ist er nach der Rechtsprechung des BAG idR nicht verpflichtet, dem Betriebsrat auch Beweismittel zugänglich zu machen.³⁶ Daraus könnte folgen, dass ein „zu viel“ an Unterrichtung jedenfalls gem. § 102 BetrVG nicht „erforderlich“ und damit auch datenschutzrechtlich nicht verhältnismäßig sein könnte. Denn wenn eine Datenübermittlung nicht zur Erfüllung der Anhörungspflicht gefordert ist, fehlt insoweit die Rechtfertigung, die § 26 BDSG verlangt.³⁷ Durch die datenschutzrechtlichen Vorgaben ergibt sich also eine neue Prüfungsvarianz für die Frage der Ordnungsgemäßheit der Betriebsratsanhörung, wenn eine unterstellt zu umfangreiche und damit datenschutzwidrige Unterrichtung vorgenommen wird. Ähnlich wie bei der Anhörung des Arbeitnehmers stellt sich dann die Frage, ob ein Verstoß gegen datenschutzrechtliche Vorgaben auf die kündigungsschutzrechtliche Wirksamkeitsvoraussetzung der Betriebsratsanhörung durchschlägt oder „nur“ anderweitig (Bußgeld, eventuelle Schadensersatzansprüche etc.) sanktionierbar bleibt. Betrachtet man Sinn und Zweck des § 102 BetrVG, spricht viel dafür, dass datenschutzrechtliche Verfehlungen des Arbeitgebers im Zusammenhang mit dem Anhörungsverfahren jedenfalls in der Regel nicht dazu führen, dieses nicht mehr als „ordnungsgemäß“ im Sinn der Rechtsprechung des BAG anzusehen (mit der Folge der Unwirksamkeit der Kündigung). Die in § 102 BetrVG

³⁴ *Fitting* BetrVG, 30. Aufl. 2020, § 83 Rn. 20; aA scheinbar *KR/Rinck*, 12. Aufl. 2019, BetrVG § 102 Rn. 107: „Datenfluß zwischen Arbeitgeber und Betriebsrat vom BDSG nicht erfasst“.

³⁵ *KR/Rinck*, 12. Aufl. 2019, BetrVG § 102 Rn. 67; *A/P/S/Koch*, 5. Aufl. 2017, BetrVG § 102 Rn. 88; *ErfK/Kania*, 20. Aufl. 2020, BetrVG § 102 Rn. 6; *Richardi/Thüsing*, 16. Aufl. 2018, BetrVG § 102 Rn. 54.

³⁶ BAG 22.9.1994 – 2 AZR 31/94, NZA 1995, 363 (367): „Hielte man den Arbeitgeber generell für verpflichtet, auch solche Umstände mitzuteilen, die Zweifel an der Beweiskraft seiner Beweismittel begründen könnten, so führte dies zu einer mit § 102 I 2 BetrVG nicht beabsichtigten Vermengung der formellen Wirksamkeitsvoraussetzungen der Anhörung mit der Überprüfung der Kündigungsgründe aufgrund der Prozeßsituation und damit zu einer Vorverlagerung des Kündigungsschutzprozesses in das Anhörungsverfahren.“

³⁷ BAG 9.4.2019 – 1 ABR 51/17, Rn. 39: „Mit dem Kriterium der Erforderlichkeit der Datenverarbeitung nach § 16 Abs. 3 S. 1 BDSG ist – ebenso wie bei § 26 Abs. 1 S. 1 BDSG – sichergestellt, dass ein an sich legitimes Datenverarbeitungsziel nicht zum Anlass genommen wird, überschießend personenbezogene (sensitive) Daten zu verarbeiten (...). Bei einer auf Beschäftigtenbezogenen datenverarbeitenden Maßnahme des Arbeitgebers bedingt dies entsprechend der Bekundung des Gesetzgebers (...) eine Abwägung widerstreitender Grundrechtspositionen im Wege praktischer Konkordanz sowie eine Verhältnismäßigkeitsprüfung (...). Diesen Anforderungen ist genügt, wenn die Verarbeitung personenbezogener Daten zur Erfüllung eines sich aus dem Gesetz ergebenden Rechts der Interessenvertretung der Beschäftigten – und damit einer „aus dem Arbeitsrecht“ iSv § 26 Abs. 3 S. 1 BDSG resultierenden Pflicht des Arbeitgebers – erforderlich ist. Das hat der Gesetzgeber durch den entsprechenden Erlaubnistatbestand in § 26 Abs. 1 S. 1 BDSG klargestellt (...).“; BAG 7.5.2019 – 1 ABR 53/17, Rn. 41.

geregelte Anhörungspflicht bezweckt nicht, zusätzliche formale Komplikationen zu schaffen, sondern soll eine vertrauensvolle Erörterung der Kündigungsabsicht des Arbeitgebers ermöglichen.³⁸ Die Anhörung des Betriebsrats zielt gerade nicht darauf ab, die Rechtswirksamkeit der beabsichtigten Kündigung zu prüfen, der Betriebsrat soll aufgrund des mitgeteilten Sachverhalts in die Lage versetzt werden, sich ohne weitere eigene Nachforschungen selbst ein Bild zu machen und vor Ausspruch der Kündigung auf die Willensbildung des Arbeitgebers Einfluss nehmen zu können.³⁹ Dieser Zweck kann aber nur gefährdet sein, wenn der Arbeitgeber dem Betriebsrat maßgebliche Tatsachen vorenthält (wobei der Grundsatz der subjektiven Determination zu beachten ist), also „zu wenig“ informiert, nicht aber, wenn er dem Betriebsrat „mehr“ an Sachverhalt mitteilt oder nach der Rechtsprechung nicht erforderliche Beweismittel vorlegt, die es für diese Beurteilung nicht gebraucht hätte. Es bleibt abzuwarten, wie das BAG diese Frage entscheiden wird.

Mit Blick darauf, dass jenseits dieser Frage aber empfindliche andere datenschutzrechtliche Sanktionen drohen können, tut jeder Arbeitgeber gut daran, genau zu prüfen, ob und welche Informationen er künftig im Rahmen der Anhörung nach § 102 BetrVG an den Betriebsrat übermittelt. Für die Bewertung des konkreten Kündigungsgrundes an sich nicht erforderliche (auch nicht im Sinn einer Interessenabwägung), die Person des Arbeitnehmers betreffende, Informationen sollten daher (so gefällig sie ggf. „colorandi causa“ sein mögen) eliminiert werden.

Im konkreten Fall kann man allerdings die zusätzlich zur schriftlichen Zusammenfassung des Sachverhalts gewährte Einsicht in die Ermittlungsakten und Videos als erforderlich im Sinn des § 102 BetrVG und damit auch im datenschutzrechtlichen Sinn verhältnismäßig ansehen, da sich der Vorwurf der bandenmäßigen Spielmanipulation, bzw. der dringende Verdacht, erst in der Gesamtschau aller Ermittlungsergebnisse (Tauschaktionen, Gästeliste, tonlose Videoaufzeichnungen, Zeugenaussagen der verdeckten Ermittler etc.) erschloss. Soweit sich auch die bestreitenden Aussagen der Betroffenen sowie die Protokolle der ergebnislos verlaufenen Hausdurchsuchungen in den Akten befanden, diente die Information der umfassenden Unterrichtung des Betriebsrats, weil damit auch über die, die betroffenen Arbeitnehmer eventuell entlastenden, Ermittlungstatsachen informiert wurde. Die Mitteilung dieser, den Verdacht (den Kündigungsgrund) gerade nicht beweisenden Informationen diente also den Interessen der betroffenen Arbeitnehmer. Wenn solche Dokumente oder Videos vorgelegt werden, sind auch Schwärzungen oder Auslassungen problematisch, weil sich schnell (unbeabsichtigt) für den unbefangenen, bisher mit dem Sachverhalt nicht befassten Betriebsrat ein falsches Bild ergeben kann (ganz abgesehen davon, dass Schwärzungen und erkennbare Auslassungen immer Misstrauen in die Validität der Information auslösen).

IX. Phase 6: Sachvortrags- und Beweisverwertungsverbote im Prozess

Die Frage, welche prozessualen Auswirkungen die ggf. datenschutzwidrige Erhebung von Sachverhalten zu Kündigungsgründen zeitigen, beschäftigt die Rechtsprechung in zunehmendem Maße. Welchen Weg der Zweite Senat hier einschlägt, hat *Niemann*⁴⁰ dankenswerter Weise ausführlich dargestellt. Die Lösung besteht nach Meinung des Senats in einer verfassungskonformen Auslegung des Prozessrechts, der eine grundrechtsorientierte Anwendung der Bestimmungen des einschlägigen Datenschutzrechts vorgeschaltet wird.⁴¹ So kann ein Beweisverwertungsverbot bestehen, wenn ein Beweismittel im Verhältnis zum Prozess-

³⁸ LAG Rheinland-Pfalz 13.12.2018 – 5 Sa 220/18, Rn. 71.

³⁹ KR/*Rinck*, 12. Aufl. 2019, BetrVG § 102 Rn. 67; *Richardi/Thüsing*, BetrVG § 102 Rn. 53f.; *DKW/Bachner*, 17. Aufl. 2020, BetrVG § 102 Rn. 89.

⁴⁰ Sehr instruktiv *Niemann*, Jahrbuch des Arbeitsrechts, 2018, Bd. 55, S. 41–67.

⁴¹ *Niemann*, Jahrbuch des Arbeitsrechts, 2018, Bd. 55, S. 42.

gegner grundrechtswidrig gewonnen wurde, weshalb der Beweis nicht erhoben oder jedenfalls das Ergebnis einer gleichwohl durchgeführten Beweiserhebung nicht verwertet werden darf.⁴² Nach anfänglichen Zweifeln erkannte der Senat schließlich auch ein Sachvortragsverwertungsverbot an,⁴³ womit die in ihren Grundrechten verletzte Partei davor geschützt werden soll, entweder wahrheitswidrig bestreiten bzw. vortragen zu müssen oder – bei wahrheitsgemäßer Prozessführung – die Geständnisfiktion des § 138 Abs. 3 ZPO gegen sich gelten lassen zu müssen.

Nun muss also geprüft werden, ob die jeweilige Erkenntnis oder das Beweismittel unter Verletzung der Grundrechte des Prozessgegners gewonnen wurde und sich seine gerichtliche Verwertung nach Maßgabe des Schutzzwecks des verletzten Grundrechts als Perpetuierung des Grundrechtsverstoßes und damit ebenfalls als verfassungswidrig darstellt.⁴⁴ Das geschieht im Wege einer Verhältnismäßigkeitsprüfung, die bei genauerer Betrachtung letztlich in der Überprüfung der Handlungen anhand der Erlaubnisnormen des BDSG und der DS-GVO, also einer Anwendung einfachen Rechts, besteht.⁴⁵ Dabei soll es nicht auf die trennscharfe Abgrenzung der Erlaubnistatbestände ankommen, sondern allein auf eine „saubere Prüfung“ der Verhältnismäßigkeit, insoweit bestehe Kohärenz mit dem materiellen Kündigungsrecht.⁴⁶ Die Datenerhebung, -verarbeitung oder -nutzung dürfe keine übermäßige Belastung für den Arbeitnehmer darstellen und müsse der Bedeutung des Informationsinteresses des Arbeitgebers entsprechen.⁴⁷ Dabei bestimme sich das Gewicht des Informationsinteresses des Arbeitgebers – ebenfalls im Einklang mit dem materiellen Kündigungsrecht – vertragsbezogen nach der Schwere der Pflichtverletzung, ohne dass diese stets einen wichtigen Grund iSd § 626 BGB darstellen müsse.⁴⁸

Die verfassungsrechtliche Verhältnismäßigkeitsprüfung endet – jedenfalls bei verdeckten, heimlichen Kontroll- und Überwachungsmaßnahmen – mit der Feststellung, dass entweder kein Verstoß vorliegt, weil der Arbeitgeber datenschutzrechtskonform = verhältnismäßig handelte, oder dass der – weil unverhältnismäßige – Verstoß gegen die Erlaubnisnormen des BDSG gleichzeitig der Grundrechtsverstoß ist, der Verwertungsverbote der einen oder anderen Art auslöst. Aus dieser Feststellung folgt unmittelbar die weitere: Sind die Voraussetzungen für das Verwertungsverbot erfüllt, scheidet eine gerichtliche Verwertung aus. In der zweiten Prüfungsstufe kann im Regelfall kein „man darf es doch verwerten“ herauskommen, sondern nur eine Erweiterung des Verwertungsverbots auf weitere Erkenntnisse oder Beweismittel (Verbot der mittelbaren Verwertung).⁴⁹ Gewinnt der Arbeitgeber erst durch die grundrechtswidrige Ermittlung Kenntnis von Zeugen der Tat, sollen diese als Beweismittel zulässig sein.⁵⁰ Wurden die Erkenntnisse oder Beweismittel zwar grundrechtswidrig, aber offen gewonnen, soll danach differenziert werden, ob eine vorsätzlich begangene erhebliche Pflichtverletzung oder Straftat im Raum steht. Wenn die Erkenntnisse oder Beweismittel nicht heimlich gewonnen wurden, sichere das verletzte Grundrecht „nur“ den Entfaltungs-

⁴² Niemann, Jahrbuch des Arbeitsrechts, 2018, Bd. 55, S. 43, 44.

⁴³ Niemann, Jahrbuch des Arbeitsrechts, 2018, Bd. 55, S. 44 mwN.

⁴⁴ Niemann, Jahrbuch des Arbeitsrechts, 2018, Bd. 55, S. 45.

⁴⁵ Niemann, Jahrbuch des Arbeitsrechts, 2018, Bd. 55, S. 46 spricht davon, dass bei einer offenen, umfassenden Gesamtabwägung, wie sie in den Erlaubnisnormen des BDSG (§ 32 Abs. 1 BDSG aF = § 26 Abs. 1 BDSG nF) angelegt sei, besondere grundrechtliche Gewährleistungen mit in die Waagschale des Arbeitnehmers geworfen werden könnten, was insoweit eine Deckungsgleichheit von einfachen Recht mit Verfassungsrecht bewirke.

⁴⁶ Niemann, Jahrbuch des Arbeitsrechts, 2018, Bd. 55, S. 53 unter Verweis auf *Dzida/ Grau NZA 2017, 1515* und *Stück CCZ 2018, 88 (92)*.

⁴⁷ Niemann, Jahrbuch des Arbeitsrechts, 2018, Bd. 55, S. 54 mwN.

⁴⁸ Niemann, Jahrbuch des Arbeitsrechts, 2018, Bd. 55, S. 54.

⁴⁹ Niemann, Jahrbuch des Arbeitsrechts, 2018, Bd. 55., S. 60, 62.

⁵⁰ Niemann, Jahrbuch des Arbeitsrechts, 2018, Bd. 55, S. 63.

Fixierungs- und Verbreitungsschutz, nicht aber den vorsätzlich agierenden Täter.⁵¹ Wird der Vorwurf also eingeräumt, oder erweist er sich nach Beweisaufnahme als richtig, verliert der Arbeitnehmer den Prozess, der grundrechtswidrig agierende Arbeitgeber kann nur anderweitig sanktioniert werden.⁵²

Übertragen auf den Musterfall wäre die Verwertung der schließlich von Polizei und Staatsanwaltschaft gewonnenen Erkenntnisse unkritisch. Aber auch dann, wenn die Spielbankbetreiberin selbst eine heimliche Videoüberwachung installiert und später, nachdem die tonlosen Aufnahmen zur Aufklärung nichts weiter beitragen konnten, eigene verdeckte Ermittler eingesetzt hätte, wäre die heimliche Überwachung angesichts des konkreten und immer spezifischer werdenden Verdachts nach § 26 Abs. 1 S. 2 BDSG gerechtfertigt gewesen.

X. Ergebnis: Datenschutz verändert das Kündigungsschutzrecht

Der Arbeitgeber läuft zwar nicht Gefahr, sein Kündigungsrecht per se zu verlieren, aber der Datenschutz wirkt sich durchaus auf das Kündigungsrecht bei Verdachtskündigungen aus. Dabei kann man zwei Ebenen unterscheiden:

Was die Erhebung des Sachverhalts und die Beschaffung der Beweismittel angeht, also die Frage, darf der Arbeitgeber wissen, ob sein Arbeitnehmer sich rechtswidrig verhält, ist die Beachtung des Datenschutzes für die Praxis heute tatsächlich in erster Linie ein „technisches“ und juristisch administratives (also bürokratisches) Thema. Der Datenschutz schützt nicht den Täter. Der Kündigungsgrund und seine Auswirkungen auf das Arbeitsverhältnis werden in seiner Bewertung nicht dem Datenschutz unterstellt. Aber das Datenschutzrecht zwingt den Arbeitgeber, das, was er aus Compliancegründen ohnehin tun muss(te), weiter zu professionalisieren. Statt einzelner personenbezogener Überprüfungen durch Vorgesetzte „aus einem Gefühl“ heraus, müssen systemische Kontrollmechanismen aufgesetzt werden, die mit anonymisierten oder pseudonymisierten Daten Prüfungsroutinen installieren. Da die Anforderungen an ein den Organpflichten genügendes Compiance-system sich (mindestens) proportional an den jeweils aktuell bestehenden IT-technischen Möglichkeiten zu Prävention und Repression ausrichten, befeuern sich Datenschutz- und Complianceanforderungen wechselseitig. Die Anforderungen an rechtmäßiges Handeln sind derart komplex, dass sich in diesem Geschäftsfeld nur noch spezialisierte Juristen, Wirtschaftsprüfer und IT-Experten zurechtfinden. Die – nach Sinn und Zweck beider Rechtsansätze (Datenschutz und Compliance) – eigentliche absurde Folge ist, dass Kontroll- und Überwachungssysteme zur Überwachung der „normalen“ Compliance und zur Überwachung, ob eben diese Systeme datenschutzkonform sind, zwangsläufig immer datenverarbeitungsintensiver, komplexer und unüberschaubarer werden müssen.

Will der Arbeitgeber das Risiko vermeiden, später seine Erkenntnisse im Arbeitsgerichtsprozess nicht verwenden zu können, bzw. sich Ordnungsgeldern oder Schadensersatzansprüchen auszusetzen, muss er eine datenschutzrechtlich „saubere“ Erkenntnisgewinnung sicherstellen. Auf diese Weise wirkt der Datenschutz wie ein „Vorfilter“. Er zwingt sowohl zu einer saubereren Erhebung von Daten als auch zu einer Verdichtung von professionellen Kontrollsystemen dort, wo Unheil drohen könnte. Dem steht der Datenschutz nicht per se entgegen. Auch die Anhörung des Arbeitnehmers und die Anhörung des Betriebsrats (bzw. anderer einzuschaltender Gremien) werden nicht nennenswert erschwert. Der Kündigungsschutzprozess aber ist nun „der“ Nebenkriegsschauplatz, auf dem die Antwort auf die Frage ausgekämpft wird, die Niemann plastisch auf den Punkt bringt: „Soll der Arbeitgeber mit Geheimdienstmethoden durch- oder der Arbeitnehmer mit seinem möglichen Fehlverhal-

⁵¹ Niemann, Jahrbuch des Arbeitsrechts, 2018, Bd. 55, S. 60f.

⁵² Niemann, Jahrbuch des Arbeitsrechts, 2018, Bd. 55.

ten „ungestraft“ davon kommen?“⁵³ Für den Nichtjuristen impliziert diese Frage, dass ein mögliches Fehlverhalten des Arbeitnehmers durch ein – auf gänzlich anderer Ebene liegendes – Fehlverhalten des Arbeitgebers kompensiert werden könnte. Auch wenn sicher nie so gedacht, könnte das Auswirkungen auf das allgemeine Rechtsgefühl zeitigen. Was dagegen wirken könnte ist, dass jedenfalls bisher noch kein Fall entschieden wurde, in dem (abgesehen von Bagatelldelikten) ein „richtiger Straftäter“ wegen Datenschutzverstößen davon gekommen ist.⁵⁴ So gesehen gibt der Hinweis von *Niemann*⁵⁵ auf ein eventuell drohendes sekundärrechtliches Verwertungsverbot Anlass zur Sorge. Sollte der EuGH diesem Gedanken tatsächlich folgen und reine Transparenzverstöße aus Effektivitätsgründen auch kündigungsschutzrechtlich sanktioniert wissen wollen, dann würden Kündigungsgründe nicht nur relativiert, sondern ihre tatsächliche Auswirkung auf das Vertragsverhältnis wäre – wegen des Vorrangs datenschutzrechtlicher Erwägungen – am Ende irrelevant.



beck-shop.de
DIE FACHBUCHHANDLUNG

⁵³ *Niemann*, Jahrbuch des Arbeitsrechts, 2018, Bd. 55, S. 42.

⁵⁴ Kritisch *Däubler*, Gläserne Belegschaften, 8. Auf. 2019,, § 6 Rn. 379f.: „Die Formel klingt gut, doch findet man in der Rechtsprechung keine Beispiele, in denen einem Straftäter „schutzwürdige Belange“ an der Nichtaufdeckung seiner Tat zugesprochen worden wären.

⁵⁵ *Niemann*, Jahrbuch des Arbeitsrechts, 2018, Bd. 55, S. 67.

beck-shop.de
DIE FACHBUCHHANDLUNG

Der schwierige Umgang mit Tarifverträgen im Betriebsübergang

„Fortgeltung und Geltung von Kollektivverträgen im Falle des Betriebsübergangs gehören zu den komplexen Fragen des deutschen Arbeitsrechts“ – so beginnt ein 1998 verfasster Festschriftenbeitrag des Jubilars.¹ Daran hat sich viel geändert – und doch auch wieder nicht. Eine Reihe von Streitfragen sind unter Schaffung von Rechtssicherheit beigelegt, manches ist noch nicht final entschieden, aber es gibt einen weitgehenden Konsens. Offen ist noch einiges im Bereich der Fortgeltung von Kollektivverträgen nach § 613a Abs. 1 S. 2 bis 4 BGB. Aber auch hier hat sich der Diskussionsschwerpunkt erheblich verlagert. Die heute miteinander ringenden Auffassungen waren 1998 teilweise noch nicht einmal angedacht, und jedenfalls nicht in der heutigen Fassung ausformuliert. Der Jubilar nimmt als ein Vertreter des sog. Sukzessionsmodells – auch dies lange nach 1998 entwickelt – an führender Stelle an der Diskussion teil. Auch damit beschäftigt sich der folgende Beitrag.

I. Tarifverträge im Betriebsübergang und die Struktur von § 613a Abs. 1 BGB

Rechtsfolge eines Betriebsübergangs² ist ua der Übergang des Arbeitsverhältnisses des hiervon betroffenen Arbeitnehmers, das fortan nicht mehr mit seinem früheren Arbeitgeber, dem Veräußerer des Betriebs, sondern mit seinem neuen ArbGeb, dem Erwerber des Betriebs besteht. Hinsichtlich des Schicksals der Regelungen, die das Arbeitsverhältnis vor dem Betriebsübergang mit dem Veräußerer gestaltet haben, unterscheidet das Gesetz nach deren Rechtsquelle:

- Die vom ArbN individualvertraglich vereinbarten Arbeitsbedingungen³ für das Arbeitsverhältnis gelten weiter, als hätte der Erwerber des Betriebs und neue ArbGeb sie seinerseits höchstpersönlich mit dem ArbN vereinbart.⁴ Um ein anschauliches Bild zu benutzen: der ArbN packt seine individuell vereinbarten Arbeitsbedingungen beim Veräußerer in einen Rucksack und nimmt diesen mit zum Erwerber, wo er ihn wieder auspackt; sämtliche darin enthaltenen Arbeitsbedingungen gelten genauso wie vorher. Hierzu gehören auch „übergreifende“ und dynamische Tatbestände. So werden beim Veräußerer begonnene, aber noch nicht vollendete Fristen angerechnet und laufen einfach weiter (Wartezeit nach § 1 Abs. 1 KSchG, Beschäftigungszeit zur Berechnung der Kündigungsfrist nach § 622 Abs. 2 BGB; aber auch zu Lasten des ArbN, wie etwa bei bereits teilweise verstrichenen Verfallfristen; sogar die Vollendungswirkung einer noch nicht zur betrieblichen Übung erstarkten wiederholten Leistung des ArbGeb ist möglich).⁵ Als praktisch

¹ Gemeinsam mit Ralf Steffan FS Kraft, 1998, 477 ff.

² Wobei hier wie im Folgenden stets auch ein Betriebsteil-Übergang mitgemeint sein soll.

³ Und die diesen durch Rechtsprechung und Schrifttum gleichgestellten Arbeitsbedingungen „kollektiven Ursprungs“, wie betriebliche Übung, Gesamtzusage usw., vgl. ErfK/Preis, 21. Aufl. 2021, BGB § 613a Rn. 74.

⁴ So die ständige Formulierung des Vierten Senats, zB BAG 30.8.2017 – 4 AZR 95/14, Rn. 42 mwN, NZA 2018, 255.

⁵ Vgl. dazu nur ErfK/Preis, 21. Aufl. 2021, BGB § 613a Rn. 73 ff. mwN.

besonders bedeutsam hat sich die Rechtsprechung zur dynamischen Verweisungsklausel auf einen Tarifvertrag herausgestellt. Hier ist die Aufrechterhaltung der einzelvertraglich vereinbarten Dynamik nach einem Betriebsübergang auch Gegenstand einer EuGH-Entscheidung gewesen und nach einer Vorlage des BAG⁶ ganz in dem genannten Sinne entschieden worden.⁷

- Ganz anders dagegen die Arbeitsbedingungen, die im Arbeitsverhältnis mit dem Veräußerer aufgrund normativer Gebundenheit an Tarifverträge⁸ verbindlich waren: deren Schicksal im Betriebsübergang ist in den Sätzen 2–4 von § 613a Abs. 1 BGB geregelt. Und *ausschließlich* deren Schicksal: galt im Arbeitsverhältnis mit dem Veräußerer der Tarifvertrag nicht normativ (sondern wurde er – wenn überhaupt – zB allein aufgrund einer vertraglichen Verweisungsklausel angewandt), dann hat es beim Betriebsübergang mit der alleinigen Anwendung von Satz 1⁹ sein Bewenden. Die Sätze 2–4 müssen dann nicht einmal gelesen werden. Dies betrifft auch die dort genannte „Sperrfrist“ von einem Jahr; auch diese gilt ausschließlich dann, wenn es um das Schicksal normativ geltender (oder besser: „gegolten habender“) Regelungen geht. Das wird in der forensischen Praxis immer noch nicht selten übersehen.¹⁰ Und anders als bei der individualvertraglichen Vereinbarung hängt das Schicksal dieser Arbeitsbedingungen entscheidend davon ab, was *beim Erwerber* auf normativer Ebene gilt.

Diese beiden Regelungsebenen bestehen völlig unabhängig voneinander. Der nahtlose und vollständige Übergang aller Individualbedingungen hat mit einer eventuellen normativen Tarifgebundenheit des Erwerbers überhaupt nichts zu tun und vollzieht sich in jedem Fall und immer auf dieselbe Weise.¹¹ Etwaige bereits beim Veräußerer allein normativ begründete Arbeitsbedingungen bleiben hierbei völlig außer Betracht. Ggf. treten sie beim Betriebsübergang nach den Regularien der Sätze 2–4 neben die nach Satz 1 übergebenen Arbeitsbedingungen.¹²

II. Die normative Geltung eines Tarifvertrags im Arbeitsverhältnis mit dem Erwerber

Schichtet man die Möglichkeiten einer eigenständigen, gleichsam „traditionell normativen“ Geltung eines Tarifvertrags im übergebenen Arbeitsverhältnis mit dem Erwerber einmal logisch ab, so ergibt sich dabei zunächst die zwingende Voraussetzung, dass dafür in jedem Fall beide Parteien des Arbeitsvertrags – dh für den Zeitraum nach dem Betriebsübergang auf ArbGeb-Seite eben auch der Erwerber – an den Tarifvertrag gebunden sein müssen (§ 3 Abs. 1, § 4 Abs. 1 TVG). Nach der Rechtsprechung des BAG sind dabei sowohl die

⁶ BAG 17.6.2015 – 4 AZR 61/14 (A), NZA 2016, 373.

⁷ EuGH 27.4.2017 – C-680/15, NZA 2017, 517 – Asklepios.

⁸ Die „Fortgeltung“ von Tarifverträgen ist – jedenfalls bislang – der Hauptanwendungsfall von § 613a Abs. 1 S. 2 – 4 BGB. Die von dieser Vorschrift gleichfalls erfassten Betriebsvereinbarungen weisen doch so viele Besonderheiten auf (vgl. dazu nur aus letzter Zeit BAG 19.11.2019 – 1 AZR 386/18, NZA 2020, 1243; 12.6.2019 – 1 AZR 154/17, NZA 2019, 1203), dass es nicht möglich ist, diese im vorliegenden Beitrag zu behandeln. Dies bleibt einer gesonderten Befassung vorbehalten.

⁹ Im Folgenden werden die Sätze 1 sowie 2 bis 4 des Abs. 1 von § 613a BGB jeweils nur mit „Satz 1“, „Satz 2“ usw. zitiert.

¹⁰ Diese Sperre ist „in der Praxis Gegenstand erheblicher Missverständnisse, die nach wie vor weit verbreitet sind“ (WHSS/Hohenstatt Umstrukturierung und Übertragung von Unternehmen, 5. Aufl. 2016, Rn. E 132).

¹¹ Vgl. das „Rucksack“-Bild.

¹² Zum Umgang mit etwaigen Konkurrenzen vgl. Rinck RdA 2010, 216, (219) mwN.