



Rechtsanwalt Neil Black – Fachanwalt für Arbeitsrecht, Pinsent Masons LLP

Rechtsanwalt Manfred Schmid – Fachanwalt für Arbeitsrecht, Pinsent Masons Germany LLP

„Transfer of Undertakings and Restructuring – A View from both Sides of the Channel“

Vortrag am 19. März 2015

Nach Begrüßung und Vorstellung der Referenten durch *Herrn Professor Dr. Richard Giesen* erläuterte Herr Black zunächst allgemein die Behandlung des Betriebsübergangs im englischen Recht. Im Rahmen der Fallstudie vertiefte er dann einzelne Probleme und deren Lösung im englischen Recht. Herr Schmid übernahm dabei insbesondere die Hinweise auf die deutsche Rechtslage.

Da das englische Betriebsübergangsrecht auf der Richtlinie (RI.) 77/187/EWG beruhe, bestünden zahlreiche Ähnlichkeiten zu der deutschen Regelung. Im Rahmen dieses Vortrages werde er bewusst die Unterschiede näher erörtern. In England wurde die RI. 77/187/EWG durch das *Transfer of Undertakings (Protection of Employment) Gesetz 1981* (TUPE) umgesetzt. 2006 sei das TUPE 1981 an die neue RI. 2001/23/EG anpasst und Unklarheiten behoben worden. Auf die rein technischen Änderungen aus 2014 werde er nicht näher eingehen. Das TUPE erfasse zwei Arten des Übergangs: die traditionelle Betriebsübertragung „*business transfer*“ und die erst 2006 für das Outsourcings eingeführte „*service provision change* (SPC)“, also die Auslagerung von Dienstleistungen. Auf Anteilsverkäufe (*share sales*) oder Umstrukturierungen im öffentlichen Bereich finde das TUPE keine Anwendung. Für die Anwendbarkeit des TUPE auf einen *business transfer* müsse ein Unternehmen, oder ein unabhängiger und trennbarer Unternehmensteil vorliegen, welcher unter Beibehaltung seiner Identität auf eine wirtschaftliche Einheit übertragen wird. Die Tätigkeit vor und nach Übergang müsse zumindest im Wesentlichen gleich sein (*going concern*). Die Anwendung des TUPE nach der zweiten Alternative setze einen organisierten Arbeitnehmer oder eine organisierte Arbeitnehmergruppe voraus, deren Hauptziel die zumindest weit überwiegende Dienstleistungserbringung für einen bestimmten Kunden sei. Diese Dienstleistung werde dann neu organisiert.

Das TUPE biete einen mehrfachen, teils nicht abdingbaren, Schutz. So bestünden beispielsweise Informations- und Konsultationspflichten, deren Verletzung eine Kündigung aber nicht verhindere. Eine ausschließlich oder überwiegend wegen dem Betriebsübergang erfolgende Kündigung sei automatisch sozial ungerechtfertigt (*unfair dismissal*). Weiter werde der Arbeitsvertrag vor negativen Vertragsänderungen geschützt. Ein Widerspruchsrecht des Arbeitnehmers sei anerkannt, aber selten genutzt, da es zu einer Vertragsbeendigung im Zeitpunkt des Betriebsübergangs führe. Im Rahmen der SPC ging der Referent abschließend auf drei Probleme ein: Die Tätigkeit dürfe nach Betriebsübergang nicht wesentlich geändert werden, gleichzeitig seien jedoch „Modernisierungen“ der Ausübung zulässig. Eine zu starke Zersplitterung der Dienstleistung könne zur Ablehnung einer SPC und so zum

Schutzentzug der betroffenen Arbeitnehmer führen. Weiter liege nur dann ein SPC vor, wenn unmittelbar vorher eine organisierte Arbeitnehmergruppe bestanden habe, da nur dann klar feststellbar sei, welche Arbeitnehmer von der TUPE-Übertragung erfasst seien.

Nach dieser Analyse widmeten sich die Referenten der angekündigten Fallstudie. Die Probleme wurden sowohl nach deutschem, als auch nach englischem Recht erläutert. Ausgangslage ist danach ein englisches Unternehmen *TFM* mit Zweigniederlassungen in München und Köln. Der Münchner Betrieb habe zwei Abteilungen. Eine dieser Abteilungen solle an *Excalibur* veräußert werden.

1: Die, in der vom Betriebsübergang betroffenen Abteilung arbeitenden Arbeitnehmer wurden vor der Veräußerung in die andere Abteilung in München versetzt. Diese Ausübung des Direktionsrechts sei nach deutschem Recht analog einer Kündigung nach § 613 a IV BGB unzulässig. Im englischen Recht sei die Lage ähnlich. Es fehlten gesetzliche Schutzvorschriften. Insbesondere hinsichtlich des Outsourcings seien jedoch vertragliche Schutzmechanismen, wie Informationspflichten, Stillhaltevereinbarungen (*standstill provisions*) oder Wiedereinstellungsbeschränkungen üblich.

2: Der Betriebsübergang kam nicht zustande. Die Arbeitnehmer sollen entlassen werden. Da keine eigenständige rechtliche Einheit vorliege, sei dies in Deutschland eine Massenentlassung. Diese Regeln greifen auch in England, wenn über einen Zeitraum von 90 Tagen mindestens 21 Arbeitnehmer entlassen werden. Dabei sei die Art und Weise dieses Verfahrens äußerst strittig. Im Fall einer Insolvenz von TFM bestünden Forderungen gegen den National Insurance Fund (Sozialversicherungsfonds). Hinsichtlich aller anderen Forderungen seien die Arbeitnehmer ungesicherte Gläubiger.

3: Die Arbeitnehmer sollen in eine Transfergesellschaft übertragen werden. Problematisch seien besonders Fälle, einer geplanten späteren Übernahme der Arbeitnehmer durch den Investor. Die Transfergesellschaft müsse insbesondere tatsächlich den Betrieb aufnehmen. In England existiere keine Transfergesellschaft. Je nachdem, ob das insolvente Unternehmen zur Veräußerung noch funktionsfähiger Teile weitergeführt werde oder nicht, sei TUPE oder Insolvenzrecht anwendbar.

4: TFM und Excalibur gründen einen gemeinschaftlichen Betrieb *joint business*. Dies verhindere nach deutscher Auffassung eine Betriebsänderung und spare Zeit. Problematisch seien dabei die zuständigen Betriebsräte und Betriebsratswahlen. In England ist eine Betriebsänderung unbekannt. *Joint ventures* (JV) seien so gerade im Infrastrukturbereich sehr üblich. Die Übertragung der Arbeitnehmer auf dieses JV sei oft problematisch. Maßgeblich sei die Struktur des JV. Das TUPE sei danach beispielsweise anwendbar, wenn bestehende Tätigkeiten auf das JV übertragen werden. Bei neuen Tätigkeiten müssten die Arbeitnehmer zustimmen. Um die Zustimmung zu umgehen, würden die Arbeitnehmer von dem Mutterunternehmen häufig an das JV entliehen.

Die von *Herrn Professor Dr. Richard Giesen* geleitete Diskussion vertiefte unter anderem die Folgen einer in zeitlicher Nähe zu einem Betriebsübergang stattfindenden Kündigung und einer Wiedereinstellung, sowie Details eines Widerspruches nach englischem Recht.



ZAAR

Zentrum für Arbeitsbeziehungen
und Arbeitsrecht

Vortragsreihe

Felisa Frey
Wissenschaftliche Mitarbeiterin