

☰ Do or die. Come what may

Arbeitsrechtliche Herausforderungen im Fall des „No Deal-Brexit“



Von RA Justus Frank, Maître en droit, LL.M. und Dipl.-Jur. Maurice Heine. Der Autor Frank ist Rechtsanwalt bei Hogan Lovells International LLP in Düsseldorf. Er berät nationale und internationale Mandanten zu allen Fragen des individuellen und kollektiven Arbeitsrechts. Der Autor Heine ist wissenschaftlicher Mitarbeiter bei Hogan Lovells International LLP in Düsseldorf und Doktorand an der Leibniz Universität Hannover.

Nach den jüngsten politischen Entwicklungen erscheint ein ungeregelter Austritt des Vereinigten Königreichs Großbritannien und Nordirland (VK) aus der Europäischen Union (EU) zum 31. Oktober 2019 immer wahrscheinlicher. Während (noch) Premierminister Boris Johnson darauf besteht, das von seiner Vorgängerin ausgehandelte Austrittsabkommen insbesondere mit Blick auf die Regelung über die irisch-nordirische Grenze (sog. „Back Stop“) – koste es, was es wolle („Do or die. Come what may.“) – nachzuverhandeln, halten die 27 EU-Mitgliedstaaten an dem Vertragswerk fest. Erzielen die Verhandlungspartner keine Einigung über den (geregelten) Austritt des VK („No Deal-Brexit“), scheidet das VK mit Ablauf des 31. Oktober 2019 aus der EU aus, ohne dass es zu einem Wiedereintritt in den Binnenmarkt und die Zollunion kommt („Hard Brexit“): Der No Deal-Brexit führt zwangsläufig zu einem Hard Brexit.

Der Beitrag nimmt diese Entwicklung aus arbeitsrechtlicher Perspektive unter die Lupe und blickt auf zentrale Auswirkungen, die mit einem No Deal-Brexit für international operierende Unternehmen und multinationale Unternehmensgruppen verbunden sind. Neben den aufenthalts- und sozialversicherungsrechtlichen Arbeitsbedingungen, die bei der Beschäftigung britischer Mitarbeiter im deutschen Bundesgebiet künftig zu beachten sind, widmet sich der Beitrag den datenschutzrechtlichen Belangen bei der Übermittlung von Beschäftigendaten ins VK sowie ausgewählten kollektivrechtlichen Gesichtspunkten im Zusammenhang mit SE-Betriebsräten und Europäischen Betriebsräten.

INHALT

- **Bestandsaufnahme**
- **Aufenthaltsrecht**
 - Britische Staatsangehörige mit privilegiertem Einreisestatus
 - Britische Staatsangehörige mit (vorübergehend) privilegiertem Aufenthaltsstatus
- **Sozialversicherungsrecht**
 - Deutsches Brexit-Soziale-Sicherheit-Übergangsgesetz
 - Arbeitnehmerentsendung
- **Datenschutzrecht**
 - EU-Standarddatenschutzklauseln
 - Binding Corporate Rules
- **Vertretung britischer Arbeitnehmer**
 - SE-Betriebsrat
 - Europäischer Betriebsrat
- **Ausblick**

Bestandsaufnahme

Am 29. März 2017 teilte die britische Regierung dem Europäischen Rat ihre Absicht mit, die EU zu verlassen, und leitete damit das Austrittsverfahren ein (Art. 50 Abs. 2 S. 1 EUV). Seither befinden sich die Vertreter des VK und der EU in Verhandlungen über ein Abkommen, das die Einzelheiten des Austritts zum Gegenstand hat (Art. 50 Abs. 2 S. 2

EUV). Der Abschluss eines derartigen Abkommens ist jedoch keineswegs Voraussetzung für einen Austritt aus der Union. Der Austritt erfolgt – vorbehaltlich einer einvernehmlichen Fristverlängerung – zwei Jahre nach Mitteilung der Absicht (Art. 50 Abs. 3 S. 1 EUV).

Nachdem der ursprüngliche Austrittstermin vom 29. März 2019 zunächst auf den 12. April 2019 verschoben wurde, einigten sich die Vertreter des VK und der Europäische Rat auf einen weiteren Aufschub bis zum 31. Oktober 2019. Sollten sich das VK und der Europäische Rat nicht erneut auf eine Verlängerung der Austrittsfrist verständigen oder das VK und die EU eine Einigung über ein Austrittsabkommen erzielen, wird der Austritt des VK mit Ablauf des 31. Oktober 2019 wirksam und das VK aus Sicht der EU völkerrechtlich zu einem Drittstaat. Das gesamte europäische Primär- und Sekundärrecht findet dann auf das VK keine Anwendung mehr (Art. 50 Abs. 3 EUV).

Im Hinblick auf die Geltung europäischen Sekundärrechts gilt es indes zu unterscheiden: Handelt es sich um einen britischen Rechtsakt, der in Umsetzung einer europäischen Richtlinie erlassen wurde (Art. 288 Abs. 3 AEUV), gilt dieser als originär nationale Regelung vor-

behaltlich seiner Aufhebung oder Änderung nach britischem Recht unabhängig des Austritts fort. Handelt es sich demgegenüber um eine europäische Verordnung, die ohne nationalen Umsetzungsakt unmittelbar in allen Mitgliedstaaten gilt (Art. 288 Abs. 2 AEUV), endet deren Geltung im VK mit dem Austritt aus der EU. Dem VK bleibt es jedoch seinerseits – wie auch jedem anderen Drittstaat – unbenommen, den Regelungsgehalt einer Verordnung in nationales Recht zu überführen. Mit der Verabschiedung von Art. 3 Abs. 1 des *European Union (Withdrawal) Act 2018* hat der britische Gesetzgeber sich genau hierfür entschieden und zur (nationalen) Fortgeltung unmittelbarer europäischer Gesetzgebung, soweit sie vor dem Austritt in Kraft getreten ist, bekannt. Nach Maßgabe von Art. 7 Abs. 2–3 des *European Union (Withdrawal) Act 2018* behält sich der britische Gesetzgeber jedoch vor, von den ins nationale Recht überführten europäischen Rechtsvorschriften abzuweichen und sie gegebenenfalls vollständig aufzuheben.

Aufenthaltsrecht

Unternehmen, die deutsche Mitarbeiter im VK oder Mitarbeiter mit britischer Staatsangehörigkeit in Deutschland einsetzen, profitierten in der Vergangenheit

enorm von den Freizügigkeitsrechten ihrer Beschäftigten (Art. 45–48 AEUV). Jeder Unionsbürger genießt danach das Recht, sich in einem anderen Mitgliedstaat aufzuhalten, um dort eine Beschäftigung auszuüben, ohne dass hierzu weitere aufenthaltsrechtliche Voraussetzungen erfüllt sein müssen (Art. 45 Abs. 3 lit. c AEUV; § 2 Abs. 2 Nr. 1 FreizügG/EU).

Die „Transformation“ des VK zu einem Drittstaat wird diese aufenthaltsrechtliche Übereinkunft aufkündigen. Infolge eines unregelmäßigen Austritts des VK werden britische Staatsangehörige ihren Status als Unionsbürger und damit ihr Recht auf Freizügigkeit verlieren. Als Drittstaatsangehörige unterfallen sie zukünftig den allgemeinen aufenthaltsrechtlichen Bestimmungen. Die Einreise und der Aufenthalt britischer Staatsangehöriger im deutschen Bundesgebiet wäre demgemäß an das Erfordernis eines Aufenthaltstitels gekoppelt (§ 4 Abs. 1 AufenthG). Der Erwerb eines Aufenthaltstitels zur Ausübung einer Beschäftigung bedürfte überdies grundsätzlich der Zustimmung der Bundesagentur für Arbeit (§ 18 Abs. 2 S. 1 AufenthG).

Ein anderes würde lediglich für den – derzeit höchst unwahrscheinlichen – Fall gelten, dass das VK mit Austritt aus der EU sogleich dem Europäischen Wirtschaftsraum (EWR) beitrifft. Allein unter derartigen Umständen würde die Arbeitnehmerfreizügigkeit britischer Arbeitnehmer in Deutschland unvermindert fortgelten (Art. 28 Abs. 3 EWR-Abkommen).

Britische Staatsangehörige mit privilegiertem Einreisestatus

Um die engen Beziehungen zum VK künftig ansatzweise aufrechtzuerhalten, hat der europäische Gesetzgeber auf die drohende Visumpflicht für britische Staatsangehörige reagiert. Durch Verabschiedung der (aufschiebend bedingten) Verordnung (EU) 2019/592 wurde das VK in die Liste derjenigen Länder aufgenommen, deren Staatsangehörige beim Überschreiten der Außengrenzen der EU-Mitgliedstaaten von der Visumpflicht befreit sind, sofern die Dauer ihres Aufenthalts 90 Tage innerhalb von 180 Tagen nicht überschreitet. Britische Staatsangehörige, die nach dem Austritt für einen derartigen Kurzaufenthalt ins deutsche Bundesgebiet einreisen, benötigen daher in Abweichung von der aufenthaltsrechtlichen Grundregel kein Visum.

Dabei stützt sich der Ordnungsgeber auf die Annahme, dass das VK seinerseits den Unionsbürgern zukünftig die Befreiung von dem Visumserfordernis gewährt (Erwägungsgrund 8 zur VO (EU) 2019/592). Sollte das VK diese Erwartung nicht erfüllen und Staatsangehörigen mindestens eines Mitgliedstaates eine Visumpflicht auferlegen, wird die Europäische Kommission die Aussetzung und ggf. die Aufhebung der Visumfreiheit für britische Staatsangehörige veranlassen (sog. „Gegenseitigkeitsmechanismus“, vgl. Art 7 VO (EU) 2018/1806).

Britische Staatsangehörige mit (vorübergehend) privilegiertem Aufenthaltsstatus

Mit Blick auf britische Staatsangehörige, die sich entweder zum Austrittszeitpunkt in Wahrnehmung ihres Freizügigkeitsrechts berechtigt in Deutschland aufhalten oder bis zu drei Monate nach dem Austrittszeitpunkt ins deutsche Bundesgebiet einreisen, hat das Bundesministerium des Innern den Erlass einer Ministerverordnung angekündigt (§ 99 Abs. 4 AufenthG). Danach sollen die Betroffenen für eine Übergangszeit von drei Monaten ab dem Austrittszeitpunkt vom Erfordernis eines Aufenthaltstitels befreit und zur Ausübung jeder selbstständigen und unselbstständigen Erwerbstätigkeit berechtigt sein. Mit Zustimmung des Bundesrates soll die Befreiung vom Erfordernis eines Aufenthaltstitels für die zum Austrittszeitpunkt in Deutschland freizügigkeitsberechtigten britischen Staatsangehörigen darüber hinaus um weitere sechs Monate verlängert werden. Parallel hierzu soll britischen Staatsangehörigen, die sich zum Austrittszeitpunkt freizügigkeitsberechtigt in Deutschland aufhalten, und die die freizügigkeitsrechtlichen, nicht aber die für Drittstaatsangehörige geltenden strengeren aufenthaltsrechtlichen Voraussetzungen erfüllen, ermöglicht werden, einen Aufenthaltstitel für ihren weiteren Verbleib in Deutschland zu erwerben. Das entsprechende Brexit-Aufenthalts-Überleitungsgesetz befindet sich derzeit im Gesetzgebungsverfahren.

Sozialversicherungsrecht

Neben seinen aufenthaltsrechtlichen Implikationen wirkt sich der unregelmäßige Austritt des VK auch unter sozialversicherungsrechtlichen Gesichtspunkten aus. Im Fokus stehen die Fragen nach

der Anerkennung der bisher im VK angesammelten Versicherungszeiten sowie nach dem künftig anwendbaren Recht im Falle der grenzüberschreitenden Arbeitnehmerentsendung.

Deutsches Brexit-Soziale-Sicherheit-Übergangsgesetz

Bislang sind Versicherungs- und Beschäftigungszeiten, die etwa ein deutscher Arbeitnehmer unter britischem Recht angesammelt hat, vom deutschen Träger so zu behandeln, *als ob* es sich um Zeiten handeln würde, die unter deutschem Recht zurückgelegt worden seien (vgl. Art. 6 VO (EG) 883/2004). Mit einem No Deal-Brexit wird die maßgebliche europäische Bestimmung für solche alltäglichen Fälle künftig ihre Wirkung verlieren.

Der deutsche Gesetzgeber hat diese Regelungslücke identifiziert und mit § 5 BrexitSozSichÜG eine weitgehend inhaltsgleiche Regelung über die Zusammenrechnung der in der Vergangenheit unter britischem Recht angehäuften Zeiten geschaffen. Danach hat der zuständige Träger die nach den Rechtsvorschriften des VK bis zum Tag *vor* dem Austritt zurückgelegten Versicherungs- oder Beschäftigungszeiten zu berücksichtigen. Der Träger hat die Zeiten dabei so zu behandeln, *als ob* es sich um Zeiten handeln würde, die nach den für ihn geltenden Rechtsvorschriften zurückgelegt worden seien.

Ebenfalls hat sich der deutsche Gesetzgeber im Rahmen dieses Übergangsgesetzes mit der Abwicklung der Arbeitnehmerüberlassung befasst. Um den Widerruf einzelner Arbeitnehmerüberlassungserlaubnisse und damit zusätzlichen Verwaltungsaufwand zu vermeiden, gelten Erlaubnisse, die bis zum Tag *vor* dem Austritt britischen Staatsangehörigen und Verleihern mit Sitz im VK erteilt wurden, als widerrufen (§ 40 S. 1 BrexitSozSichÜG). Im Falle der Arbeitnehmerüberlassung aus einem EU/EWR-Betrieb gilt eine Erlaubnis in entsprechender Anwendung von § 2 Abs. 4 S. 4 AÜG allerdings für eine Übergangsfrist von zwölf Monaten als fortbestehend. Hierdurch soll eine Abwicklung der Leiharbeitsverhältnisse ohne Nachteile für Leiharbeitnehmer innerhalb der EU bzw. dem EWR gewährleistet werden (BT-Drucks. 19/7376, S. 46). Die Übergangsfrist gilt demgemäß insbesondere nicht, wenn die Arbeitnehmerüberlassung aus einem Betrieb im VK stattfindet – vo-

rausgesetzt, das VK tritt dem EWR nicht noch bei.

Arbeitnehmerentsendung

Ungeachtet der Kontinuitäten bei der Berücksichtigung sozialversicherungsrechtlicher Beitragszeiten vor dem Brexit stellt sich künftig die grundlegende Frage, welches nationale Recht im Falle grenzüberschreitender Arbeitnehmerentsendung überhaupt Anwendung findet. Grundsätzlich gilt, dass ein Arbeitnehmer dem Sozialversicherungssystem des Staates unterliegt, in dem er eine Beschäftigung ausübt (sog. „Beschäftigungsortprinzip“, vgl. Art. 11 Abs. 3 lit. a VO (EU) 883/2004). Hiervon abweichend hat es der europäische Gesetzgeber für sachgerecht gehalten, den Arbeitnehmer in Fällen bloß kurzfristiger grenzüberschreitender Tätigkeiten in den für sie gewohnten Sozialversicherungssystemen zu belassen (sog. „Entsendeprinzip“, vgl. Art. 12 Abs. 1 VO (EU) 883/2004). So unterliegt derzeit zum Beispiel ein Arbeitnehmer, der für ein Unternehmen in Deutschland tätig ist, auch dann noch dem deutschen Sozialversicherungssystem, wenn er in das VK entsandt wird, sofern die voraussichtliche Dauer dieser Arbeit 24 Monate nicht überschreitet und er nicht eine andere entsandte Person ablöst.

Infolge eines unregelmäßigen Austritts des VK wird diese Unionsregelung auf die Entsendung von Arbeitnehmern in das VK keine Anwendung mehr finden. Derartige Konstellationen ließen sich künftig womöglich allenfalls unter Rückgriff auf Art. 6 des deutsch-britischen Sozialversicherungsabkommens aus dem Jahr 1960 lösen. Danach finden im Fall der Arbeitnehmerentsendung die Vorschriften desjenigen Vertragsstaates für einen Zeitraum von bis zu zwölf Monaten Anwendung, in dem der betroffene Arbeitnehmer seinen gewöhnlichen Aufenthalt hat.

Obleich diese Regelung ebenfalls die Kontinuität sozialversicherungsrechtlicher Systeme vor Augen hat, vermag es nicht darüber hinwegzutäuschen, dass das Abkommen hinter dem EU-Recht zurückbleibt. Beispielsweise enthält es keine Regelungen zur Arbeitslosenversicherung. Es darf daher mit Spannung erwartet werden, ob und inwiefern es in der Praxis zu einem Wiederaufleben dieses Vertragswerks kommen wird.

Datenschutzrecht

Seit dem 25. Mai 2018 gilt die Datenschutz-Grundverordnung (DS-GVO) auch im VK. Derzeit bestimmt sich die Zulässigkeit der Übermittlung personenbezogener Daten aus Deutschland ins VK aufgrund des unionsweit einheitlichen Schutzstandards nach den allgemeinen Regeln des Art. 6 DS-GVO. Infolge eines unregelmäßigen Austritts ist das VK unter datenschutzrechtlichen Gesichtspunkten selbst bei unverändertem Schutzniveau nur noch als „Drittland“ anzusehen. Die Zulässigkeit der Übermittlung personenbezogener Daten aus Deutschland an Empfänger im VK bestimmt sich daher nach den besonderen Voraussetzungen der Art. 44 ff. DS-GVO. Sie könnte danach insbesondere auf einen sog. Angemessenheitsbeschluss der Europäischen Kommission gestützt werden (Art. 45 Abs. 1 S. 1 DS-GVO). Voraussetzung eines solchen Beschlusses ist, dass das britische Datenschutzrecht über ein „angemessenes“ Schutzniveau verfügt, das dem innerhalb der EU gewährleisteten Schutzniveau der Sache nach gleichwertig ist (Erwägungsgrund 104 zur DS-GVO). Das britische Datenschutzniveau muss dabei lediglich „*der Sache nach*“ gleichwertig sein, ohne dass es hierzu mit den Bestimmungen der DS-GVO identisch zu sein hat. Trifft die Europäische Kommission einen solchen Angemessenheitsbeschluss, dürfen personenbezogene Daten künftig ohne weitere Genehmigung an Empfänger im VK übermittelt werden (Art. 45 Abs. 1 S. 2 DS-GVO).

Da ein solcher Beschluss, in dem die Kommission feststellt, dass das VK ein angemessenes Schutzniveau bietet, in keinem Fall mehr vor dem 31. Oktober 2019 erlassen wird und voraussichtlich ein bis zwei Jahre braucht, obliegt es den Unternehmen bis auf Weiteres selbst, eigene Lösungen für die Sicherstellung eines angemessenen Datenschutzniveaus im Zusammenhang mit der Übermittlung von personenbezogenen Daten ins VK zu entwickeln (Art. 46 Abs. 1 DS-GVO). Folgende Möglichkeiten kommen hierfür insbesondere in Betracht:

EU-Standarddatenschutzklauseln

Der grenzüberschreitende Transfer personenbezogener Daten in das VK könnte künftig auf sog. EU-Standarddatenschutzklauseln (SCC) gestützt werden. Hierbei handelt es sich um von der Kom-

mission geprüfte und erlassene Musterformate für die Übermittlung an Verantwortliche oder Auftragsverarbeiter im Drittland (Art. 46 Abs. 2 lit. c i.V.m. Art. 93 Abs. 2 DS-GVO). Schließt ein Unternehmen in Deutschland zum Beispiel mit einem Auftragsverarbeiter im VK eine Vereinbarung über die Übermittlung personenbezogener Daten unter Beachtung der SCC ab, ist der Auftragsverarbeiter zur Einhaltung und Umsetzung des in der SCC angelegten Datenschutzniveaus vertraglich verpflichtet. Einer zusätzlichen behördlichen Genehmigung bedarf es nicht.

Es ist zu erwarten, dass die Europäische Kommission die bisherigen SCC mit Blick auf das anhängige Vorabentscheidungsverfahren vor dem EuGH betreffend die Übermittlung personenbezogener Daten durch *Facebook Ireland Limited* auf Grundlage eines SCC in die USA langfristig anpassen wird. Bis zu einer solchen Klauselanpassung bleiben die bisherigen Kommissionsbeschlüsse gleichwohl wirksam (Art. 46 Abs. 5 S. 2 DS-GVO).

Binding Corporate Rules

Für den grenzüberschreitenden Transfer personenbezogener Daten in das VK könnten künftig darüber hinaus auch verbindliche (konzern-)interne Datenschutzvorschriften (BCR) herangezogen werden (Art. 46 Abs. 2 lit. b i.V.m. Art. 47 Abs. 1 DS-GVO). Im Gegensatz zur Nutzung von SCC bedürfen die BCR allerdings der aufsichtsbehördlichen Genehmigung (Art. 47 Abs. 1 DS-GVO). Die zuständige Behörde prüft dabei allen voran, ob die vorgelegten BCR den zentralen Datenschutzgrundsätzen und Anforderungen an die Verarbeitung personenbezogener Daten nach Maßgabe der DS-GVO Rechnung tragen (Art. 47 Abs. 2 lit. d DS-GVO). Zwar versprechen BCR Unternehmen ein hohes Maß an Flexibilität bei der Gestaltung ihres Datenschutzniveaus. Jedoch erweist sich ihre Implementierung mit Blick auf das Genehmigungserfordernis als sehr zeitaufwändig, sodass sie angesichts des heranrückenden Austritts des VK kaum noch rechtzeitig umzusetzen sein dürften.

Vertretung britischer Arbeitnehmer

Besonderen Herausforderungen sehen sich im Falle des No Deal-Brexit ferner diejenigen unionsweit operierenden Un-

ternehmen gegenüber, die als SE-Gesellschaften aufgestellt sind und bei denen sich ein SE-Betriebsrat gebildet hat sowie die über einen Europäischen Betriebsrat (EBR) verfügen. In beiden Fällen stellt sich gleichermaßen die Frage, welches Schicksal britische Arbeitnehmervertreter in den betreffenden Mitbestimmungsgremien ereilen wird.

SE-Betriebsrat

Unternehmen mit Sitz in der Europäischen Union kann die Rechtsform der *Societas Europae* (SE) verliehen werden. Als europäische Aktiengesellschaft ist die SE eine Kapitalgesellschaft mit eigener Rechtspersönlichkeit. Die Beteiligung der Arbeitnehmer bestimmt sich nach der SE-Richtlinie 2001/86/EG. Danach sollen die Beteiligungsrechte der Arbeitnehmer vorrangig durch eine sog. Beteiligungsvereinbarung zwischen der SE-Leitung und einem besonderen Verhandlungsgremium der Arbeitnehmer ausgestaltet werden. Kommt es zu keiner solchen Vereinbarung, wird eine Beteiligung der Arbeitnehmer kraft gesetzlicher Auffangregelungen sichergestellt und ein Betriebsrat *kraft Gesetz* errichtet.

Infolge eines unregelmäßigen Austritts fällt das VK nicht mehr unter den Anwendungsbereich der SE-Richtlinie. Die Arbeitnehmer, die in britischen Tochtergesellschaften oder britischen Betrieben einer SE tätig sind, verlieren damit ihre Rechte auf grenzüberschreitende Unterrichtung, Anhörung, Mitbestimmung und sonstige Beteiligung. Die Mandatsträger im SE-Betriebsrat, die diese Arbeitnehmer vertreten, verlieren ihrerseits ihre Legitimationsbasis und werden gewissermaßen zu *Vertretern ohne Vertretene*.

In der Praxis wird damit die Frage virulent, zu welchem Zeitpunkt diese Mandatsträger aus dem SE-Betriebsrat ausscheiden. Da die SE-Verhandlungspartner die Beteiligung der Arbeitnehmer individuell ausgestalten können, empfiehlt es sich, hierbei zwischen den Mitgliedern eines SE-Betriebsrats aufgrund einer Beteiligungsvereinbarung einerseits und den Mitgliedern eines SE-Betriebsrats *kraft Gesetz* zu unterscheiden.

SE-Betriebsrat kraft Vereinbarung

Wird die Arbeitnehmerbeteiligung durch eine Vereinbarung (§ 21 SEBG) geregelt, bestimmen sich die Folgen für die Mandatsträger nach den Festsetzun-

gen der Verhandlungspartner. Im Wege der Auslegung ist zunächst der räumliche Geltungsbereich der Vereinbarung zu ermitteln. Die insofern maßgebliche gesetzliche Bestimmung hilft hierbei nicht weiter, besagt sie denn nur, dass der Geltungsbereich der Vereinbarung auf außerhalb des Hoheitsgebietes der „Mitgliedstaaten“ liegende Unternehmen und Betriebe erstreckt werden kann (§ 21 Abs. 1 Nr. 1 SEBG). Ob der räumliche Geltungsbereich der Vereinbarung alle jeweils aktuellen EU-Mitgliedstaaten oder diejenigen Mitgliedstaaten umfasst, die im Zeitpunkt ihres Abschlusses Mitgliedstaaten der EU waren, ist unter verständiger Würdigung des Parteiwillens im Einzelfall zu ermitteln. Dabei könnte eine bestehende Beteiligungsvereinbarung überdies derart angepasst werden, dass künftig auch die Betriebe im VK von ihr erfasst sein sollen. Erst wenn feststeht, dass sich der räumliche Geltungsbereich der Vereinbarung nicht (mehr) auf das VK bezieht, ist im Wege der Auslegung sodann der zeitliche Geltungsbereich der Vereinbarung zu ermitteln. Die jeweilige (ggf. angepasste) Vereinbarung ist darauf zu untersuchen, ob das Mandat britischer Arbeitnehmervertreter sofort, d.h. im Austrittszeitpunkt, unter Wahrung einer Übergangsfrist oder gar erst mit Ablauf der regulären Amtsperiode sein Ende finden soll.

Gegenstand kontroverser Diskussionen ist darüber hinaus die Frage, ob mit dem Austritt eines Mitgliedstaates eine „strukturelle Änderung“ der SE einhergeht, die geeignet ist, die Beteiligungsrechte der Arbeitnehmer zu mindern. Bejahendenfalls finden auf Veranlassung der SE-Leitung oder des SE-Betriebsrats verpflichtende Neuverhandlungen über die Beteiligungsrechte der Arbeitnehmer statt (§ 18 Abs. 3 S. 1 SEBG). Erzielen die Verhandlungspartner in diesem Fall keine Einigung, würde sich die Beteiligung der Arbeitnehmer fortan nach der gesetzlichen Auffangregelung bestimmen.

Der Austritt des VK müsste demgemäß geeignet sein, die Beteiligungsrechte der Arbeitnehmer zu mindern. Zwar sind die britischen Arbeitnehmer, denen ihre Beteiligungsrechte durch den Austritt entzogen werden, infolge des Brexit vom Anwendungsbereich der SE-Richtlinie ausgeschlossen und folgerichtig nicht mehr in die Betrachtung der Beteiligungsrechte einzubeziehen. Ein ande-

res könnte jedoch für Arbeitnehmer aus Mitgliedstaaten gelten, deren zahlenmäßige Vertretung im SE-Betriebsrat durch den Austritt des VK nicht mehr dem Verhältnis entspricht, in dem die Anzahl der im betreffenden Mitgliedstaat beschäftigten Arbeitnehmer zur Gesamtzahl der Arbeitnehmer in allen verbleibenden Mitgliedstaaten steht. Gedacht sei etwa an den Fall, dass das VK bislang 50 % der Belegschaft repräsentierte, während fünf weitere Staaten jeweils 9,5 % und ein Staat 2,5 % stellten. Unter Zugrundelegung des gesetzlichen Verteilungsschlüssels entsandte das VK bislang fünf, alle anderen Staaten jeweils einen Vertreter in das Gremium. Infolge des Austritts würden die betreffenden fünf Staaten nunmehr jeweils 19 % und der andere Mitgliedstaat 5 % der Arbeitnehmer repräsentieren, sodass das relative Gewicht der Erstgenannten zum Letztgenannten nur dadurch aufrechtzuerhalten ist, dass sie in das britische „Vakuum“ hineinwachsen und nach dem (gesetzlichen) Verteilungsschlüssel künftig jeweils zwei Vertreter entsenden.

Unabhängig davon, ob hierin eine „Minderung“ im Sinne einer Verwässerung der Beteiligungsrechte zu erblicken ist, ist die Frage aufzuwerfen, ob der Brexit überhaupt eine „strukturelle Änderung“ darstellt. Obgleich der Austritt des VK das jeweilige Unternehmen unter Umständen zu signifikanten Veränderungen veranlassen wird, scheitert die Gleichsetzung des Brexit mit einer „strukturellen Änderung“ an dem Wortlaut der Norm. Dieser legt nahe („sind strukturelle Änderungen der SE *geplant*“), dass eine „strukturelle Änderung“ der SE eines freiwilligen korporativen Akts bedarf. Eine bloße Änderung externer Rahmenbedingungen, wie etwa Gesetzesänderungen oder der Austritt eines Mitgliedstaates, genügt nach allgemeiner Ansicht nicht. Der Austritt des VK führt als solches demnach nicht zu einer „strukturellen Änderung“, die verpflichtende Neuverhandlungen zur Konsequenz haben.

SE-Betriebsrat kraft Gesetz

Richtet sich die Arbeitnehmerbeteiligung hingegen nach den gesetzlichen Regelungen (§§ 22 ff. SEBG), hat der Gesetzgeber einen Mechanismus etabliert, wonach alle zwei Jahre eine Prüfung der Zusammensetzung des SE-Betriebsrats stattzufinden hat (§ 25 SEBG).

Entspricht die Zusammensetzung des SE-Betriebsrats nicht mehr den gesetzlichen Voraussetzungen (§ 5 SEBG), sind in dem betreffenden Mitgliedstaat Neuwahlen abzuhalten. Mit der Neuwahl endet das Amt aller bisherigen Mitglieder aus demselben Mitgliedstaat.

Infolge eines ungeregelten Austritts des VK wird die nächste turnusmäßige Überprüfung ergeben, dass das VK bei der Zusammensetzung des SE-Betriebsrats nicht mehr zu berücksichtigen ist. Fraglich ist allerdings, ob dieses Verfahren auf den Anpassungsbedarf infolge des Austritts eines Mitgliedstaates überhaupt anwendbar ist. Das turnusmäßige Verfahren dient dazu, einen Ausgleich zwischen dem Gebot möglichst genauer Repräsentation der vom Geltungsbereich der SE-Richtlinie umfassten Arbeitnehmer und der Kontinuität der Betriebsratsarbeit herzustellen. Wenn das Mandat britischer Arbeitnehmervertreter mit Austritt des VK jedoch nur noch formal besteht, ohne dass die betreffenden Mandatsträger tatsächlich Arbeitnehmer aus dem VK vertreten, bedarf es keiner Kontinuität ihrer Betriebsratsstätigkeit. Eine Abweichung vom Gebot möglichst genauer Repräsentation ist daher nicht zu rechtfertigen. Der Mechanismus aus Überprüfung und *Neuwahl* im VK nach Ablauf der zweijährigen Übergangsfrist würde den außerordentlichen Umständen des Austritts nicht gerecht werden. Die Mandate britischer Arbeitnehmervertreter enden somit richtigerweise bereits mit Unterbrechung der Repräsentationslinie, d.h. im Austrittszeitpunkt.

Eine hiervon abweichende Wertung könnte sich jedoch für Mitgliedstaaten ergeben, deren relativer Anteil an der Belegschaft infolge des Austritts des VK ansteigt (s. das Beispiel oben). Die nächste turnusmäßige Überprüfung würde unter derartigen Umständen ergeben, dass die Arbeitnehmer in den betreffenden Mitgliedstaaten unterrepräsentiert sind, sodass in den jeweils betroffenen Mitgliedstaaten nach dem Verfahren des § 25 SEBG Neuwahlen durchzuführen sind.

Europäischer Betriebsrat

Mit einem ähnlichen Repräsentationsdefizit sehen sich auch britische Arbeitnehmervertreter im EBR konfrontiert. Auf Grundlage der EBR-Richtlinie 2009/38/EG wird in einem gemeinschaftsweit tätigen Unternehmen mit Sitz im Inland ein EBR vorrangig auf

Grundlage einer Beteiligungsvereinbarung errichtet (§ 1 Abs. 1 S. 1 EBRG). Als gemeinschaftsweit tätig gilt ein Unternehmen, wenn es mindestens 1.000 Arbeitnehmer in den EU/EWR-Staaten und davon jeweils mindestens 150 Arbeitnehmer in mindestens zwei EU/EWR-Staaten beschäftigt (§ 3 Abs. 1 EBRG). Kommt es zu keiner solchen Vereinbarung, wird ein EBR *kraft Gesetz* errichtet (§ 1 Abs. 1 S. 2 EBRG).

Infolge eines ungeregelten Austritts fällt das VK nicht mehr unter den Anwendungsbereich der EBR-Richtlinie. Entsprechend verlieren die Arbeitnehmer in Unternehmen und Betrieben im VK ihr Recht auf Unterrichtung und Anhörung und konsequenterweise mit sofortiger Wirkung ihre Vertreter auch ihr Mandat im EBR.

Um einem derart abrupten Wegfall britischer Arbeitnehmervertreter entgegenzuwirken, besteht allerdings die Möglichkeit, eine Beteiligungsvereinbarung abzuschließen bzw. eine bestehende Vereinbarung dahingehend anzupassen, Arbeitnehmervertreter aus dem VK durch Erstreckung des Geltungsbereichs der Vereinbarung auf das VK auch künftig in den EBR einzubeziehen.

Als klärungsbedürftig erweist sich unterdessen die Frage, welche Folge der No Deal-Brexit für den Fortbestand eines EBR selbst hat. Unter Hinweis auf den Gesetzeszweck des § 37 EBRG wird zum Teil angenommen, dass in dem Ausscheiden eines EU-Mitgliedstaates eine „wesentliche Strukturänderung“ zu erblicken sei, die eine Neuverhandlung der EBR-Vereinbarung erforderlich mache. Bestehen für den Fall des Austritts des VK keine Regelungen in der geltenden Vereinbarung, sind demgemäß auf Initiative der zentralen Leitung oder auf Antrag der Arbeitnehmer oder ihrer Vertreter Verhandlungen über die Neuerrichtung des EBR aufzunehmen. Dem wird von Teilen richtigerweise entgegengehalten, dass eine Strukturänderung ein unternehmerisches Verhalten voraussetze. Zwar ergibt sich diese Einsicht – anders als im insoweit vergleichbaren Fall des § 18 Abs. 3 SEBG – nicht unmittelbar aus dem Wortlaut der Bestimmung. Doch legen die – freilich nicht abschließenden („insbesondere“) – Regelbeispiele des § 37 Abs. 1 S. 2 EBRG ein Verständnis nahe, wonach nur solche Umstände von Relevanz sein sollen, auf

die das Unternehmen selbst Einfluss zu haben vermag. Das Ausscheiden eines EU-Mitgliedstaates fällt erkenntlich nicht hierunter.

Unterschiedliche Ansichten bestehen schließlich über die Frage, welche Rechtsfolge an ein brexitbedingtes Unterschreiten der maßgeblichen Schwellenwerte eines bestehenden EBR zu knüpfen ist. Zwar mag auch in diesem Zusammenhang der Hinweis auf die turnusmäßige Überprüfung der Zusammensetzung des EBR (§ 32 Abs. 2 EBRG) nicht zu verfangen, wird das EBR-Mandat britischer Mitglieder mit Ausscheiden des VK schließlich ebenfalls zur bloßen Formalie. Doch erscheint es nicht in jedem Fall sachgerecht, dass der EBR mit Ausscheiden des VK ersatzlos wegfällt soll. Unter Würdigung der betroffenen, insbesondere auch unternehmerischen Interessen sprechen praktische Gesichtspunkte dafür, dass der EBR jedenfalls bei einer bestehenden Beteiligungsvereinbarung solange fortbesteht, wie die zentrale Leitung die Vereinbarung nicht außerordentlich aufkündigt.

Ausblick

Vermag zum gegenwärtigen Zeitpunkt niemand seriös prognostizieren, welchen Ausgang die Verhandlungen zwischen der EU und dem VK letztendlich nehmen werden, so ist bei alledem doch gewiss, dass zwar der Handlungsbedarf für Unternehmen mit britischen Beschäftigten und Betrieben im VK infolge eines No Deal-Brexit erheblich ist, dass aber die Rechtsfolgen für diese Unternehmen im Falle ihrer Untätigkeit umso einschneidender sind. Das Arbeitsrecht macht hiervon keine Ausnahme.

Quellen und weiterführende Hinweise:

Basedow, Brexit und das Privat- und Wirtschaftsrecht, ZEuP 2016, 567–572.

Geppert, Überprüfung der Modelle zur Datenübermittlung in Drittländer, ZD 2018, 62–66.

Häferer/Klare, Das Schicksal britischer Arbeitnehmermandate in der SE im Falle eines „harten Brexits“, NZA 2019, 352–357.

Lachenmann/Leibold, Brexit und Datenschutz: Sofortmaßnahmen für Unternehmen, ZD-Aktuell 2019, 06442.

Lehmann/Zetzsche, Die Auswirkungen des Brexit auf das Zivil- und Wirtschaftsrecht, JZ 2017, 62–71.

Löw/Stolzenberg, Frauenquote, Erzberger und Brexit: Strukturelle Änderungen nach § 18 Abs. 3 SEBG, BB 2017, 245–250.

Schiek/Uddin, „Brexit“ und das Arbeitsrecht – für deutsche Unternehmen und Beschäftigte, NZA 2019, 345–352.

Wolff, Europäische Betriebsräte nach dem Brexit, BB 2016, 1784–1786.

Wybitul/Ströbel/Ruess, Übermittlung personenbezogener Daten in Drittländer – Überblick und Checkliste für die Prüfung nach der DS-GVO, ZD 2017, 503–509.

Zimmer/Cox/Inhoffen, Brexit und die Arbeitswelt, BB 2016, 1781–1783.

„AW-Prax“ als Online-Abonnement!

NEU!

Jederzeit für Sie verfügbar:

- **Online-Ausgabe** in der Wissensdatenbank AW-Plus
- **Archiv** in AW-Plus
- **Fachmedien-App** für Smartphone/Tablet
- Alle **Printheft**e

→ aw-prax.de



Reguvis