

# Der Betriebsübergang nach § 613a BGB

## Die arbeitsrechtlichen Folgen bei der Veräußerung von Betrieben und Betriebsteilen

von Matthias W. Kroll\*

### I. Einführung

Geht ein Betrieb oder Betriebsteil durch Rechtsgeschäft auf einen anderen Inhaber über, greift § 613 a BGB ein. Diese Vorschrift dient dem Schutz der Arbeitnehmer und steht in ihrem Regelungsgehalt im Einklang mit dem Europäischen Arbeitsrecht (vgl. Richtlinie 77/187/EWG vom 14.2.1977 über die Wahrung von Ansprüchen der Arbeitnehmer beim Übergang von Unternehmen, Betrieben und Betriebsteilen, ABl. EG Nr. L 61, 26). Nach § 613a Abs. 1 Satz 1 BGB tritt der neue Betriebsinhaber in alle Rechte und Pflichten der Arbeitsverhältnisse ein, die zum Zeitpunkt des Übergangs bestehen. Hiermit soll der Grundsatz der Einheit von Arbeitsverhältnis, Arbeitsplatz und Betrieb gewährleistet sein.

§ 613 a ist keine ausschließliche Arbeitnehmerschutzvorschrift. Dies ergibt sich aus dem Umstand, dass § 613a BGB als gesetzlich verordneter Arbeitgeberwechsel die Übertragbarkeitssperre des § 613 Satz 2 BGB beseitigt. Damit wird eine Umstrukturierung von Unternehmen erleichtert.

Gliederung:

- I. Einführung
- II. Voraussetzungen des Betriebsüberganges
  - 1. Betriebsinhaberwechsel
  - 2. Betriebs- oder Betriebsteilübergang
  - 3. Rechtsgeschäft
- III. Rechtsfolgen des Betriebsüberganges
- IV. Unterrichtungspflicht des Arbeitgebers
- V. Widerspruchsrecht des Arbeitnehmers
- VI. Abweichende Vereinbarungen von § 613a Abs. 1 BGB
- VII. Kündigungsschutz beim Betriebsübergang
  - 1. Kündigungsverbot nach § 613 a Abs. 4 Satz 1 BGB
  - 2. Kündigung „aus anderen Gründen“ im Sinne des § 613 a Abs. 4 Satz 2 BGB
- VIII. Auswirkungen des Betriebsüberganges
  - 1. Individualarbeitsrecht
  - 2. Kollektivarbeitsrecht
    - a. Betriebsratsmandat
    - b. Tarifverträge
    - c. Betriebsvereinbarungen
- IX. Prozessuales
- X. Zusammenfassung

### II. Voraussetzungen des Betriebsüberganges

Voraussetzung für das Vorliegen eines Betriebsüberganges im Sinne des § 613a Abs. 1 Satz 1 BGB ist, dass ein Betrieb oder ein Betriebsteil durch Rechtsgeschäft auf einen anderen Inhaber übergeht.

---

\* Rechtsanwalt und Fachanwalt für Arbeitsrecht Matthias W. Kroll, LL.M. ist Sozius der Kanzlei Dr. Nietsch & Kroll Rechtsanwälte in Hamburg und Lehrbeauftragter für Wirtschaftsprivatrecht an der Hochschule für Angewandte Wissenschaften (HAW) Hamburg.

## 1. Betriebsinhaberwechsel

Es muss eine Änderung in der Person desjenigen erfolgen, der über die arbeitsrechtliche Organisations- und Leitungsmacht verfügt (vgl. BAG vom 06.02.1985, DB 1985, S. 2411). Dies gilt für natürliche und juristische Personen wie auch für eine Gesamthand oder bei der Privatisierung öffentlicher Einrichtungen (letzteres vgl. LAG Niedersachsen NZA- RR 2002, S. 630). Eine bloße Veränderung in der Rechtsform oder ein Wechsel von Gesellschaftern reicht nicht aus (vgl. BAG vom 03.05.1983, DB 1983, S. 1259). Ein Betriebsinhaberwechsel liegt grundsätzlich auch bei einem Pächterwechsel vor (BAG vom 26.02.1987, DB 1987, S. 991). Gleiches gilt auch für das steuerliche Gestaltungsmodell der Betriebsaufspaltung in Besitz- und Betriebsgesellschaft (BAG vom 19.1.1988, DB 1988, S. 1166). Auch bei einer Umwandlung im Sinne von Verschmelzung, Spaltung oder Vermögensübertragung findet § 613a BGB Anwendung, vgl. § 324 UmwG.

## 2. Betriebs- oder Betriebsteilübergang

Bei dieser Voraussetzung erfolgt die wesentliche Weichenstellung für oder gegen die Anwendbarkeit des § 613a BGB.

### a. Frühere Rechtsprechung des BAG

Für die Beantwortung der Frage, ob ein Betriebsübergang vorlag, ging das BAG von einer zweistufigen Prüfung aus: Zunächst war das Vorliegen eines Betriebs unter Zugrundelegung des arbeitsrechtlichen Betriebsbegriffes zu prüfen. Sodann ging es um die Frage des Übergangs im Rechtssinne. Betriebsteil war im Sinne des § 613a BGB eine Teileinheit bzw. –organisation des Betriebes, mit dem der Erwerber bestimmte arbeitstechnische Zwecke verfolgen kann (BAG vom 09.02.1994, DB 1994, S. 1731), d.h. wenn eine organisatorische Untergliederung des Gesamtbetriebs übertragen wurde. Von einem Übergang war nur dann auszugehen, wenn der neue Inhaber die wesentlichen Betriebsmittel dergestalt übernommen hat, dass ihm die Fortführung des Betriebs bzw. des Betriebsteils möglich war. Das BAG berücksichtigte allerdings nicht die AN selbst, da deren Übergang Rechtsfolge sei und daher keine Tatbestandsvoraussetzung sein könne.

### b. Rechtsprechung des EuGH – Von „Christel Schmidt“ zu „Ayse Sützen“

Der EuGH hatte bereits in einer Entscheidung von 1986 ausgeführt, dass es für die Frage des Betriebsüberganges entscheidend darauf ankomme, ob eine wirtschaftliche Einheit vorhanden sei, die trotz des Inhaberwechsels ihre Identität bewahre (vgl. EuGH vom 18.03.1983, Rs 24/85, EAS Nr. 2 zu Art. 1 RL 77/187/EWG – Spijkers).

In der „Christel Schmidt“-Entscheidung hat der EuGH dann sogar die Auffassung vertreten, dass ein Betriebsteil auch dann nicht auszuschließen sei, wenn überhaupt keine sächlichen Betriebsmittel übertragen werden (EuGH vom 14.04.1994 – Rs C 392/92 – AP Nr. 106 zu § 613a BGB – Christel Schmidt). Christel Schmidt war als einzige Reinigungskraft in der Filiale einer Sparkasse beschäftigt.

Die Reinigungsarbeiten wurden auf eine externe Reinigungsfirma übertragen. Der EuGH sah darin einen Betriebsübergang der wirtschaftlichen Einheit „Reinigungsarbeiten“.

Ausgehend von der „Ayse Sützen“ – Entscheidung ist der EuGH von dieser weitgehenden Auffassung zum Anwendungsbereich des § 613a BGB abgerückt, ohne sie ausdrücklich aufzugeben. Entscheidend ist der Übergang einer wirtschaftlichen Einheit, die trotz des Inhaberwechsels ihre Identität gewahrt hat. Dies bemisst sich nach der organisierten Gesamtheit von Personen und Sachen, die eine wirtschaftliche Tätigkeit mit eigener Zielsetzung ausübt. Dies gilt sowohl für Betriebsteile mit Haupt- als auch mit Hilfsfunktion. Auch eine Auftragnachfolge kann bei betriebsmittelarmen Serviceeinrichtungen ohne Weitergabe von Sachmitteln als Betriebsübergang angesehen werden, wenn ein wesentlicher Teil der Belegschaft als Know-how-Träger übernommen wird (vgl. EuGH vom 11.03.1997 – Rs C 13/95 – AP Nr. 14 zu EWG-Richtlinie Nr. 77/187 – Ayse Sützen).

c. Neuere Rechtsprechung des BAG

Das BAG ist dem EuGH gefolgt. Nach seiner neueren Rechtsprechung trat an die Stelle des früheren Betriebsbegriffs das Merkmal der auf Dauer angelegten wirtschaftlichen Einheit. Hierbei hat eine wertende Gesamtbetrachtung stattzufinden, bei der es für den rechterheblichen Übergang auf die Identitätswahrung ankommt. Dabei sind die Kriterien Personal, Führungskräfte, Arbeitsorganisation, Betriebsmethoden und ggf. zur Verfügung stehende Betriebsmittel zu betrachten sind (vgl. zuletzt BAG vom 02.12.1999 – NZA 2000, S. 369).

d. Teilbetriebsübergang

§ 613a BGB stellt den Übergang eines Betriebsteils als wesentliche Voraussetzung für den Eintritt des Erwerbers in die Arbeitsverhältnisse dem Übergang des vollständigen Betriebs gleich; dies deshalb, weil mit den Übergängen organisatorisch abgrenzbarer wirtschaftlicher Einheiten keine Änderung von Arbeitsplatz, -inhalt und -umgebung verbunden ist. Eine eigenständige Organisationseinheit ist allerdings auch beim Betriebsteil für die Anwendbarkeit des § 613a BGB unabdingbar.

Bsp.: Ein Transportunternehmen arbeitet für bestimmte große Auftraggeber mit dauerhaften Auslieferungsaufträgen. Ein Fahrer wird mit seinem LKW ständig nur zur Auslieferung für den Kunden X eingeteilt.

Fraglich ist, ob in dem Beispielfall eine eigenständige Organisationseinheit übertragen wird, wenn es zu dem Verkauf des LKW kommt, mit welchem die Auslieferungen für den Kunden X durchgeführt werden. Ein Teilbetriebsübergang muss hier allerdings abgelehnt werden, da die Annahme eines Teilbetriebs voraussetzt, dass eine Gesamtheit von Sachen und Personen organisatorisch zur Wahrnehmung eines Teilzwecks vom Betriebsinhaber nicht nur vorübergehend zusammengefasst wird. Die Annahme eines Teilbetriebs im Beispielfall wäre nur ausnahmsweise dann gerechtfertigt, wenn die jeweiligen Fahrer dauerhaft als „Spezialisten“ eingeteilt worden sind. Allerdings dürfen Fahrer und Fahrzeuge nicht austauschbar sein (vgl. BAG vom 26.08.1999 – 8 AZR 718/98 – AP Nr. 196 zu § 631a BGB: Hier waren wegen der Austauschbarkeit von Fahrer und Fahrzeug die

veräußerten drei LKW nur als einzelne Betriebsmittel anzusehen und nicht als zusammengehörende Sachmittel eines Teilbetriebs).

e. Abgrenzung Betriebsübergang/Funktionsnachfolge

Ein Betriebsübergang kann nach der neueren Rechtsprechung des BAG ausgeschlossen werden, wenn weder Sachmittel noch Personal übernommen werden. Das BAG hat im Anschluss an die EuGH – Rechtsprechung deutlich gemacht, dass die Wahrung der Identität der wirtschaftlichen Einheit nur dann anzunehmen ist, wenn der Erwerber nicht nur die Tätigkeit des Veräußerers fortführt, sondern auch aufgrund eigenen Willensentschlusses einen nach Zahl und Sachkunde wesentlichen Teil des Personals zur Ausführung der Dienstleistungsaufträge übernimmt, das bereits der Vorgänger zur Ausführung gerade dieser Aufgaben eingesetzt hat (vgl. BAG vom 13.11.1997 – 8 AZR 295/95 – AP Nr. 169 zu § 613a BGB; BAG vom 26.08.1999 – 8 AZR 718/98 – EzA § 613a BGB Nr. 185).

Eine bloße Funktionsnachfolge berechtigt nicht zur Annahme eines Betriebsübergangs im Sinne des § 613a BGB (vgl. BAG vom 10.12.1998, DB 1999, S. 539).

f. Abgrenzung Betriebsübergang/Betriebsstilllegung

Betriebsstilllegung und Betriebsübergang schließen sich aus. Die Rechtsprechung nimmt eine rechtlich erhebliche Stilllegung immer dann an, wenn die betrieblichen Umstände greifbare Formen angenommen haben und eine vernünftige, betriebswirtschaftliche Betrachtung die Prognose rechtfertigt, bis zum Ablauf der Kündigungsfrist seien die geplanten Maßnahmen zur Betriebsstilllegung durchgeführt und die AN damit entbehrlich (vgl. BAG vom 19.6.1991, DB 1991, S. 2442).

Die alsbaldige Wiedereröffnung bzw. die Fortsetzung der Betriebstätigkeit spricht gegen eine tatsächliche Vermutung einer ernsthaften Stilllegungsabsicht (vgl. BAG vom 05.12. 1985, DB 1986, S. 1290).

3. Rechtsgeschäft

Voraussetzung für die Anwendbarkeit des § 613a BGB ist weiterhin, dass rechtsgeschäftlicher Betriebsübergang vorliegt. Eine öffentlich-rechtliche Funktionsnachfolge reicht hierfür nicht aus (zuletzt BAG vom 08.05.2001, NZA 2001, S. 1200). Entscheidend ist, dass das Rechtsgeschäft, was dem Betriebsübergang zugrunde liegt, einen einverständlichen Wechsel in der Inhaberschaft darstellt. Typische Beispiele sind Kauf-, Pacht-, Schenkungs- oder Nießbrauchsverträge. Aber auch gesellschaftsrechtliche Regelungen, wie z.B. die Übertragung eines Betriebsteils in eine neu gegründete Auffanggesellschaft sind als Rechtsgeschäfte im Sinne des § 613a BGB anzusehen (vgl. BAG vom 25.06.1985, DB 1985, S. 2459). Das Rechtsgeschäft muss nicht wirksam sein; auch ein nichtiges Rechtsgeschäft erfüllt die Voraussetzungen des § 613a BGB (vgl. BAG vom 06.02.1985, DB 1985, S. 2411).

III. Rechtsfolgen des Betriebsüberganges

Soweit die Voraussetzungen des § 613a BGB vorliegen, gehen die AV vom Veräußerer auf den Erwerber über und der Erwerber übernimmt die AV so, wie sie zum Zeitpunkt des Betriebsüberganges bestehen. Der Erwerber haftet somit für die bestehenden Verbindlichkeiten des Betriebsveräußerers.

## 1. Übergang der Arbeitsverhältnisse auf den Erwerber

Die AV derjenigen AN gehen vom Veräußerer auf den Erwerber über, die dem konkreten Betrieb oder Betriebsteil zuzuordnen sind.

Problematisch ist die Frage, inwieweit bei der Übertragung eines Produktionsbetriebsteils die AV des Verwaltungspersonals übergehen. Nach der Rechtsprechung des EuGH und des BAG kommt es nicht auf die Zuarbeit an, sondern allein auf die Zugehörigkeit zu der übernommenen Organisationseinheit. Dabei soll primär der Wille der Beteiligten entscheidend sein. Ist die Zuordnung streitig, wird auf den Schwerpunkt der Tätigkeit abzustellen sein.

Dies hat zur Folge, dass AV der Mitarbeiter des sog. Overheadbereichs, also z.B. der Prokurist oder der Buchhalter eines produzierenden Betriebs nicht vom Anwendungsbereich des § 613a BGB erfasst werden.

## 2. Haftung gem. § 613a Abs. 2 BGB

Der Erwerber haftet grds. für die bestehenden Verbindlichkeiten des Betriebsveräußerers. Wenn allerdings einzelne Verpflichtungen

- vor dem Betriebsübergang entstanden und fällig geworden sind oder
- vor dem Betriebsübergang entstanden und spätestens ein Jahr nach dem Betriebsübergang fällig geworden sind,

haften Erwerber und Veräußerer nebeneinander als Gesamtschuldner, § 613a Abs. 2 BGB.

Der Veräußerer haftet aber nur in dem Umfang, der dem im Zeitpunkt des Betriebsüberganges abgelaufenen Bemessungszeitraum entspricht.

## IV. Unterrichtungspflicht des Arbeitgebers

§ 613a Abs. 5 BGB ist zum 01.04.2002 neu in das Gesetz aufgenommen worden. Unabhängig von der Größe des Betriebs oder vom Vorhandensein eines Betriebsrates hat der AG den von einem Übergang betroffenen AN zu informieren. Die AN des Veräußerers haben hierauf einen einklagbaren Auskunftsanspruch, der bei einer Verletzung desselben zu einer Schadensersatzpflicht des AG führen kann. Die Unterrichtung hat gem. § 126b BGB in Textform zu erfolgen. Eine mündliche Unterrichtung, etwa in einer Betriebsversammlung reicht nicht aus. Dies gilt auch für eine bloße Unterrichtung des Betriebsrates.

Der Mindestinhalt der Unterrichtung ist in einem 4-Punkte-Katalog in § 613a Abs. 5 BGB festgelegt:

### 1. Zeitpunkt, § 613a Abs. 5 Nr. 1 BGB

Hier reicht eine ungefähre Zeitangabe. Bei wesentlichen Verzögerungen empfiehlt sich eine erneute, aktualisierte Unterrichtung.

### 2. Übergangsgrund, § 613a Abs. 5 Nr. 2 BGB

Es hat eine verständliche Angabe des Grundes zu erfolgen, wie z.B. Umstrukturierung, Verkauf etc. Die Gründe für die unternehmerische Entscheidung brauchen nicht offen gelegt zu werden.

### 3. Rechtliche, wirtschaftliche und soziale Folgen, § 613a Abs. 5 Nr. 3 BGB

In rechtlicher Hinsicht ist eine objektive, umfassende Rechtsberatung nicht gefordert. Dennoch sollte auf den grds. unveränderten Übergang des AV auf den Erwerber, den Fortbestand oder die Transformation bisher geltender kollektivrechtlicher Regelungen, die Haftungsregelung des § 613a Abs. 2 BGB sowie den besonderen Kündigungsschutz nach § 613a Abs. 4 Satz 2 BGB und die daneben fortbestehenden Kündigungsmöglichkeiten hingewiesen werden. Es ist auch immer über das Widerspruchsrecht nach § 613a Abs. 6 BGB und die möglichen Rechtsfolgen im Falle der Ausübung zu unterrichten.

In wirtschaftlicher und sozialer Hinsicht sollte über das Vorhandensein eines Betriebsrates im Erwerberbetrieb, eine etwaig beim Erwerber bestehende Tarifbindung sowie über Größenangaben der Belegschaft zu maßgeblichen Schwellenwerten und über die etwaige Kenntnis laufender oder unmittelbar bevorstehender Insolvenzverfahren beim Erwerber informiert werden.

### 4. Maßnahmen gem. § 613a Abs. 5 Nr. 4 BGB

Hiermit ist die Unterrichtung über etwaige Weiterbildungsmaßnahmen im Zusammenhang mit einer geplanten Umstellung der Produktion, aber auch Umstrukturierungsmaßnahmen und Maßnahmen, die die berufliche Entwicklung des AN betreffen, gemeint.

### V. Widerspruch des Arbeitnehmers

Bereits seit längerer Zeit war es richterrechtlich anerkannt, dass dem AN ein Widerspruchsrecht gegen den Übergang des Arbeitsverhältnisses zusteht (vgl. zuletzt EuGH vom 03.08.1996 – Rs C 171, 172/94 - AP Nr. 9 zu EWG-Richtlinie Nr. 77/187 („Merckx“)). Dies ist nunmehr seit dem 01.04.2002 in § 613a Abs. 6 BGB kodifiziert.

Der AN hat ein Wahlrecht, ob er das Arbeitsverhältnis mit dem Erwerber fortführen will oder bei dem Veräußerer, mit dem er das Arbeitsverhältnis ursprünglich abgeschlossen hat, verbleiben will. Allerdings muß er im Falle dessen, dass er sich für den Veräußerer entscheidet, auch die etwaigen nachteiligen Folgen seiner Entscheidung selbst verantworten. Dies erleichtert Umstrukturierungen (vgl. Trümner, Arbeitsrechtliche Standortsicherung durch BAG – Rechtsprechung ?, AiB 1998, Seite 619).

### 1. Ausschluss des Widerspruchsrechts

Zunächst darf der AN nicht auf das Widerspruchsrecht verzichtet haben. Ein Verzicht ist zwar im Sinn einer allgemeinen, im Voraus erteilten Erklärung unwirksam (vgl. Gaul/Otto, DB 2002, S. 634). Ein aus Anlass eines konkreten Betriebsüberganges erteilter Verzicht ist demgegenüber wirksam. Denn die Ausübung des Widerspruchsrechts kann im diesem Falle durch Vertrag ausgeschlossen werden (vgl. BAG vom 19.03.1998 – 8 AZR 139/97).

## 2. Frist

Der AN muß nach erfolgtem Zugang der Unterrichtung innerhalb eines Monats einen etwaigen Widerspruch zu erklären, § 613a Abs. 5 BGB. Diese Fristenregelung ist zwingendes Recht und darf durch einzelvertragliche Regelungen nicht geändert werden.

Probleme entstehen häufig bei der Frage, ab wann die Widerspruchsfrist zu laufen beginnt. Eine Ingangsetzung der Frist erfolgt durch eine ordnungsgemäße Unterrichtung des AN im Sinne des § 613a Abs. 5 BGB. Jegliche anderweitige Kenntniserlangung bleibt außer Betracht (vgl. Gaul/Otto, a.a.O.).

## 3. Form

Es ist Schriftform gem. § 126 BGB erforderlich („...schriftlich widersprechen...“).

## 4. Begründung

Eine Begründung des Widerspruchs durch den AN ist nicht erforderlich. Allerdings ist zu berücksichtigen, dass der objektive Grund des Widerspruches – unabhängig davon, ob er in dem Widerspruchsschreiben genannt ist oder nicht – für die Sozialauswahl bei einer betriebsbedingten Kündigung des widersprechenden AN durch den Betriebsveräußerer nach erfolgtem Widerspruch von wesentlicher Bedeutung (s.u.).

## 5. Rechtsfolgen

Im Falle eines wirksamen Widerspruches bleibt das Arbeitsverhältnis mit dem ursprünglichen Arbeitnehmer fortbestehen, d.h. es geht nicht auf den Betriebserwerber über.

### a. Betriebsbedingte Kündigung

Meist wird der Veräußerer dann keine anderweitige Beschäftigungsmöglichkeit für den Widersprechenden haben. Eine betriebsbedingte Kündigung wegen fehlenden Bedarfes kann erklärt werden. In der Regel wird dann auch keine Sozialauswahl durchzuführen sein. Dies kann nur ausnahmsweise der Fall sein, wenn es sich um einen Teilbetriebsübergang handelt. Der AG braucht allerdings auch keine Sozialauswahl im Restbetrieb durchzuführen, wenn der Widerspruch nicht durch einen sachlichen Grund gerechtfertigt war (vgl. BAG vom 07.04.1993 – 2 AZR 449/91). Ein sachlicher Grund für den Widerspruch kann z.B. dann gegeben sein, wenn das Arbeitsverhältnis nach dem Betriebsübergang in einem Kleinbetrieb fortgeführt wird, der nicht sozialplanpflichtig ist (vgl. LAG Hamm vom 21.06.1994 – 6 Sa 30/94) oder in dem kein Kündigungsschutz besteht. Findet eine Sozialauswahl in dem Restbetrieb statt, gilt: Je geringer die Unterschiede in der sozialen Schutzbedürftigkeit sind, umso gewichtiger müssen die Widerspruchsründe sein, um einen Kollegen aus dem verbleibenden Restbetrieb zu verdrängen (BAG vom 05.02.1998 – 2 AZR 227/97).

Zum Teil wird im Schrifttum in Zweifel gezogen, dass die bisherige Rechtsprechung des BAG, die unter Rechtsmißbrauchsgesichtspunkten einen grundlos ausgeübten Widerspruch als Malus bei der

Sozialauswahl berücksichtigt, für die gesetzliche Neuregelung des § 613a Abs. 6 BGB gelten soll (ablehnend etwa Lipinski, DB 2002, S. 1214; Fischer ArbuR 2002, S. 291). Es bestehen jedoch keine nachvollziehbaren Gründe, die bisherige Rechtsprechung des BAG auf die neue Gesetzeslage nicht anzuwenden (so auch Franzen RdA 2002, S. 258).

b. Außerordentliche Kündigung ordentlich unkündbarer AN

Problematisch ist die Behandlung tariflich „unkündbarer“ AN, die einem Übergang ihres AV widersprochen haben. Vor einer grundsätzlich zulässigen außerordentlichen Kündigung sog. „unkündbarer“ AN aus betriebsbedingten Gründen muss der AG alle zumutbaren Maßnahmen zur Weiterbeschäftigung ausnutzen.

*Bsp.: Bei einer großen Luftverkehrsgesellschaft wurde eine System - Tochter ausgegründet. Die Arbeitsverhältnisse sollten auf diese neu gegründete GmbH übertragen werden. Das ältere und erfahrene Personal widersprach dem Übergang der AV. Sie waren der Auffassung, dass die ausgegründete System – Tochter dauerhaft nicht wirtschaftlich überlebensfähig wäre.*

Eine außerordentliche Kündigung wurde vom BAG als unwirksam angesehen. Die AN hatte dem AG Gründe dargelegt, wie sie sich die anderweitige Tätigkeit vorstellten. Dem AG war es nicht gelungen, unter Vorlegung der Stellenpläne substantiiert darzulegen, weshalb das Freimachen es geeigneten Arbeitsplatzes oder die Schaffung einer Umorganisation nicht möglich oder unzumutbar gewesen sein soll (vgl. BAG vom 17.09.1998 – 2 AZR 419/97).

c. „Apotheken – Fall“

*Bsp.: Der alte AG hatte seine Apotheke veräußert. Einzelne AN widersprachen dem Übergang des AV. Mangels Betriebsstätte hatte er keine Beschäftigungsmöglichkeit für die widersprechenden AN. Er kündigte ihnen aus betriebsbedingten Gründen. Für die Zeit der Kündigungsfrist verwies er die AN auf die Beschäftigungsmöglichkeit beim Erwerber/Übernehmer.*

Nach Auffassung des BAG war das Ausschlagen der Tätigkeit beim Erwerber ein böswilliges Unterlassen des anderweitigen Erwerbs gem. § 615 Satz 2 BGB (vgl. BAG vom 19.03.1998 – 8 AZR 139/97).

d. Berücksichtigung des Widerspruchs bei Interessenausgleich und Sozialplan

Liegt eine unterrichtungs- und interessenausgleichspflichtige Betriebsänderung gem. § 111 Satz 2 Nr. 1 BetrVG i.V.m. § 17 KSchG vor, muß der AG vor der Durchführung der Betriebsänderung einen Interessenausgleich nach § 112 Abs. 1, 2 BetrVG versucht haben. Hat er dies nicht versucht, so muss er die entstehenden wirtschaftlichen Nachteile durch Abfindungen auszugleichen, § 113 Abs. 3 BetrVG. Einen Anspruch hierauf haben auch die AN, welche dem Betriebsübergang widersprochen haben. Die Gründe des Widerspruchs sind auch in Bezug auf die Höhe der Abfindung nicht zu berücksichtigen (vgl. BAG vom 10.12.1996 – 1 AZR 553/96 – AP Nr. 32 zu § 113 BetrVG 1972).

Dies gilt nicht für die Bemessung von Sozialplanleistungen. § 112 Abs. 5 Satz 2 Nr. 2 Satz 2 BetrVG regelt, dass der AN von Leistungen ausgeschlossen werden soll, der einen zumutbaren Arbeitsplatz ablehnt. Diese direkt für die Einigungsstelle geltenden Ermessensrichtlinien sollen auf in entsprechender Anwendung beim Betriebsübergang gelten. Das BAG sieht eine Weiterarbeit beim Betriebserwerber in der Regel als zumutbar an (vgl. BAG vom 05.02.1997 – 10 AZR 553/96 – AP Nr. 112 zu § 112 BetrVG 1972).

#### VI. Umgehungstatbestände

Soweit durch Aufhebungsvertrag versucht werden soll, dass AV einvernehmlich aufzulösen, wobei feststeht, dass der AN bei dem Erwerber weiterbeschäftigt werden soll, stellt dies eine unzulässige Umgehung des § 613a BGB dar (vgl. BAG vom 11.07.1995, DB 1996, S. 229). Dies gilt allerdings nicht für den Fall, dass sich AN und Betriebsveräußerer auf eine einvernehmliche Beendigung des AV durch Aufhebungsvertrag einigen, wenn eine Weiterbeschäftigung bei dem Erwerber nicht zur Diskussion steht. Dies gilt auch im Falle dessen, dass der AN in eine Beschäftigungsgesellschaft wechselt. Eine Umgehung des § 613a BGB liegt nach der Rechtsprechung dann nicht vor (vgl. BAG NZA 1999, Seite 422).

Unzulässig ist demgegenüber ferner das sog. Lemgoer Modell (vgl. BAG DB 1992, Seite 2038).

*Bsp.: Erwerber, Veräußerer und die betroffenen AN treffen eine dreiseitige Vereinbarung, in der festgelegt wird, dass die AN eine Eigenkündigung gegenüber dem Veräußerer aussprechen und der Erwerber den AN eine Wiedereinstellungszusage erteilt, allerdings zu schlechteren Arbeitsbedingungen.*

#### VII. Kündigungsschutz beim Betriebsübergang

Beim Betriebsübergang ist der Ausspruch von Kündigungen wegen des Überganges oder aus anderen Gründen faktisch denkbar. In der rechtlichen Behandlung der unterschiedlichen Kündigungsgründe ist zu unterscheiden.

##### 1. Kündigungsverbot nach § 613 a Abs. 4 Satz 1 BGB

Für eine Kündigung „wegen des Überganges eines Betriebs oder Betriebsteils“ gilt allerdings ein besonderes gesetzliches Kündigungsverbot gem. § 613a Abs. 4 Satz 1 BGB. Eine solche betriebsübergangsbedingte Kündigung liegt immer dann vor, wenn das Motiv der Kündigung wesentlich durch den Betriebsübergang bedingt ist. Dies ist immer dann der Fall, wenn es neben dem Betriebsübergang keinen anderen Kündigungsgrund gibt, der aus sich heraus die Kündigung rechtfertigt (zuletzt BAG NZA 2000, S. 1180). Es kommt auf die objektive Rechtslage an und nicht auf die Begründung des AG (vgl. BAG vom 09.05.1988, DB 1989, S. 934). §613a Abs. 4 Satz 1 BGB stellt einen eigenständigen Unwirksamkeitsgrund dar (vgl. BAG vom 31.01.1985, DB 1985, S. 1842).

##### 2. Kündigung „aus anderen Gründen“ im Sinne des § 613 a Abs. 4 Satz 2 BGB

Der alte und auch der neue Betriebsinhaber können jedoch aus anderen Gründen das Arbeitsverhältnis kündigen. Dies gilt sowohl für verhaltens- und personenbedingte, wie auch für betriebsbedingte Kündigungen. Ein anderer Kündigungsgrund im Sinne des § 613a Abs. 4 Satz 2 BGB kann auch die Umsetzung einer Rationalisierungsmaßnahme sein (vgl. BAG vom 18.07.1996 – 8 AZR 127/94 – AP Nr. 147 zu § 613a BGB). Kündigt der bisherige AG, um den Betrieb verkaufsfähig zu machen, gelten die allgemeinen Anforderungen für betriebsbedingte Kündigungen (BAG, a.a.O.). Umstritten ist, ob sich der Veräußerer zur Begründung seiner Kündigungen auf das spätere betriebliche Konzept des Erwerbers stützen kann (für diese sanierungsfreundliche Normauslegung u.a. Lipinski, NZA 2002, S. 75; nach BAG muss das Konzept auch vom Veräußerer durchführbar gewesen sein, BAG vom 26.05.1983 – 2 AZR 477/81 – AP Nr. 34 zu § 613a BGB).

### VIII. Auswirkungen des Betriebsüberganges

Die Anwendbarkeit des § 613a BGB wirkt sich sowohl individual- wie auch kollektivarbeitsrechtlich aus.

#### 1. Individualarbeitsrecht

Grundsätzlich sind frühere Zusagen des Veräußerers auch für den Erwerber bindend. Dies gilt etwa für ein Wettbewerbsverbot wie auch für Nebentätigkeitsgenehmigungen. Ob ein Arbeitgeberdarlehen auf den Erwerber übergeht, hängt von der vertraglichen Ausgestaltung im Einzelfall ab (vgl. LAG Köln NZA 2001, S. 174).

Tarifliche und einzelvertragliche Ausschlussfristen sowie Verjährungs- und Verwirkungsfristen sind nicht betriebsinhaberbezogen. Daher ist der Betriebsübergang für die Regelungen auch grds. unerheblich. Der Betriebserwerber tritt auch in die Versorgungszusagen der betrieblichen Altersversorgung des Veräußerers ein. Dabei ist die Art der konkreten Versorgungszusage unerheblich (vgl. BAG NZA 2002, Seite 1391).

#### 2. Kollektivarbeitsrecht

In kollektivarbeitsrechtlicher Hinsicht wirkt sich der Betriebsübergang auf betriebsverfassungsrechtliche Frage im Zusammenhang mit dem Betriebsrat des übergehenden Betriebs sowie auf Tarifverträge und Betriebsvereinbarung aus.

##### a. Betriebsratsmandat

##### b. Tarifverträge und Betriebsvereinbarungen

Die Auswirkungen des Betriebsüberganges auf Tarifverträge und Betriebsvereinbarungen sind in den §§ 613a Abs. 1 Satz 2 – 4 BGB geregelt.

##### aa. Grundsatz: Transformation gem. § 613a Abs. 1 Satz 2 BGB

Für Regelungen in Tarifverträgen oder Betriebsvereinbarungen, welche die von einem Betriebsübergang erfassten AV betreffen, findet eine Transformation statt, § 613a Abs. 1 Satz 2 BGB: Diese Regelungen werden auf die Ebene der Einzelarbeitsverhältnisse übertragen und unterliegen

einer einjährigen Veränderungssperre. Hiervon sind sog. Inhaltsnorm erfasst. Dies sind Regelungen über Inhalt und Beendigung des AV. Die kollektivvertraglichen Regelungen verlieren aufgrund § 613a Abs. 1 Satz 2 BGB mit dem Betriebsübergang ihre unmittelbare und zwingende Wirkung, vgl. § 4 Abs. 1 TVG, § 77 Abs. 4 S. 1 BetrVG. Sie gelten beim Betriebserwerber nur noch wie sonstige arbeitsvertragliche Regelungen. Dies gilt auch für nachwirkende Tarifnormen gem. § 4 Abs. 5 TVG (vgl. BAG NZA 2002, S. 42).

Nach Ablauf der einjährigen Veränderungssperre gelten die vorherigen kollektivrechtlichen Regelungen als sog. arbeitsvertragliche Einheitsregeln fort (vgl. Schaub, ZIP 1984, S. 272).

Diese Transformation gilt allerdings nicht für sog. Regelungsabreden. Sie stellen keine den Betriebsvereinbarungen oder Tarifverträgen vergleichbare Rechtsnorm dar.

Eine kollektivrechtliche Fortgeltung kann in Abweichung der gesetzlichen Regelung allerdings dann erfolgen, wenn Betriebserwerber und AN tarifgebunden sind (vgl. zuletzt BAG NZA 2001, S. 1318).

Damit scheidet eine Transformationswirkung aus. Dies gilt ebenso, wenn die Betriebsidentität beim Erwerber erhalten bleibt (zuletzt BAG NZA 2002, S. 1034).

bb. Gesetzlicher Ausschluss der Transformation gem. § 613a Abs. 1 Satz 3 BGB

Wenn die betreffenden Inhalte bereits beim Erwerber kollektivrechtlich geregelt sind, ist eine Weitergeltung gem. § 613a Abs.1 Satz 2 BGB ausgeschlossen, vgl. § 613a Abs. 1 Satz 3 BGB. Dem Betriebserwerber soll die Möglichkeit zur Anpassung der Arbeitsbedingungen der übernommenen Arbeitsverhältnisse an bestehende kollektivrechtliche Regelungen gegeben werden.

cc. Änderungsmöglichkeiten gem. § 613a Abs. 1 Satz 4 BGB

Wenn die ursprünglichen kollektivrechtlichen Regelungen nicht mehr gelten, können auf Betriebsvereinbarung oder Tarifvertrag beruhende Rechte geändert werden, vgl. § 613a Abs. 1 Satz 4 1. Alt. BGB. Dies gilt auch, wenn gem. § 613a Abs. 1 Satz 4 2. Alt BGB der Betriebserwerber mit den übernommenen AN die Geltung des in seinem Betrieb für die dort vorhandenen AN geltenden Tarifverträgen vereinbart.

Nach der neueren Rechtsprechung des BAG besteht ein sog. Fortsetzungsanspruch, wenn es nach Zugang der Kündigung zu einem Betriebsübergang kommt. Wenn die alte Hauptbelegschaft willentlich vom Erwerber übernommen