

Betriebsübergang

A. Arbeitsrecht

Kreitner

		Übersicht	
		Rz	Rz
I. Allgemeines	1–4	3. Vorhandene kollektivrechtliche Regelung	62, 63
II. Voraussetzungen eines Betriebsübergangs	5–57	4. Außenseiter	64
1. Betriebsinhaberwechsel	5, 6	IV. Haftung	65–67
2. Betriebs- oder Betriebsteilübergang	7–21	1. § 613 a Absatz 2 BGB	65, 66
a) Frühere Rechtsprechung des BAG	8	2. Besondere Haftungsgründe	67
b) Rechtsprechung des EuGH	9	V. Kündigungsschutz beim Betriebsübergang	68–92
c) Neuere Rechtsprechung des BAG	10–18	1. Kündigungsverbot gemäß § 613 a Absatz 4	
d) Rechtsprechungsüberblick	19	Satz 1 BGB	68–71
e) Zeitpunkt	21	a) Definition	68
3. Zuordnung	22–24	b) Rechtsnatur	69
4. Rechtsgeschäft	25–30	c) Geltungsbereich	70
5. Unterrichtungspflicht des Arbeitgebers	31–34	d) Maßgeblicher Zeitpunkt	71
6. Widerspruchsrecht	35–42	2. Kündigung aus anderen Gründen iSd § 613 a	
7. Beweislast	43	Absatz 4 Satz 2 BGB	72–79
8. Abweichende Vereinbarungen von § 613 a		a) Fehlender allgemeiner Kündigungsschutz	72
Absatz 1 BGB	44, 45	b) Verhaltens- und personenbedingte Kündi-	
9. Auswirkungen des Betriebsübergangs auf einzel-		gungen	73
ne Rechtspositionen	46–57	c) Betriebsbedingte Kündigungen	74–79
a) Individualarbeitsrecht	46–54	3. Beweislast	80
b) Betriebsratsmandat	55–57	4. Prozessuales	81–92
III. Auswirkungen des Betriebsübergangs auf Tarifver-		VI. Betriebsübergang in der Insolvenz	93–98
träge und Betriebsvereinbarungen	58–64	VII. Allgemeine betriebsverfassungsrechtliche Auswir-	
1. Transformation	58, 59	kungen des Betriebsübergangs	99–101
2. Kollektivrechtliche Fortgeltung	60, 61	VIII. Neue Bundesländer	102

I. Allgemeines. § 613 a BGB regelt die Rechte und Pflichten von ArbGeb und ArbN beim Betriebsübergang. Die 1
Vorschrift wurde im Jahr 1972 im Rahmen einer Neufassung des BetrVG in das BGB aufgenommen und im Jahr 1980 um
die Regelungen in Abs 1 Sätze 2–4 sowie Abs 4 im Wege der Umsetzung der EG-Richtlinie 77/187/EWG vom 14. 2. 77
ergänzt. Änderungen sind durch die Richtlinie 98/50/EG vom 29. 6. 98 sowie zuletzt durch die Richtlinie 2001/23/EG
vom 13. 3. 01 (ABl EG L 82/16 vom 22. 3. 01) erfolgt. Die erstgenannte Richtlinie ist mit der Regelung des Übergangs-
mandats für BRäte in § 21 a BetrVG, die letztgenannte durch die zum 1. 4. 02 erfolgte Ergänzung des § 613 a BGB um die
Abs 5 und 6 umgesetzt worden (hierzu *Düwell* FA Arbeitsrecht 02, 107; *Bauer/von Steinau-Steinrück* ZIP 02, 457; *Willemsen/
Lembke* NJW 02, 1159; *Franzen* RdA 02, 258; *Worzalla* NZA 02, 353). Eine aktuelle RsprÜbersicht bieten zuletzt *Waas/
Hanssen/Palonka* BB 06, 2525.

Sinn und Zweck des § 613 a BGB ist es zunächst, den sozialen Besitzstand der ArbN zu erhalten und einen 2
lückenlosen Bestandsschutz zu gewähren (BAG 22. 2. 78, DB 78, 1453; 26. 2. 87, DB 87, 991), den Bestand des BRat
und seiner Mitbestimmungsrechte zu garantieren (BAG 3. 7. 80, BB 81, 1466), die Funktionsfähigkeit und Kontinuität
des Betriebes zu sichern durch Fortbestand der eingearbeiteten Belegschaft sowie Haftungsregelungen für ArbN-Ansprüche
gegen alten und neuen Betriebsinhaber zur Verfügung zu stellen (BAG 17. 1. 80, DB 80, 308; 3. 7. 80, BB 81, 1466;
11. 11. 86, DB 87, 1443, 1696; 29. 10. 92, DB 93, 637). Mit den zuletzt hinzugefügten Abs 5 und 6 soll schließlich den
betroffenen ArbN eine Entscheidungsgrundlage für die Ausübung des Widerspruchsrechts und dem ArbGeb Planungs-
sicherheit für die personelle Abwicklung des Betriebsübergangs gegeben werden.

Anwendbar ist § 613 a BGB auf alle im Zeitpunkt des Betriebsübergangs bestehenden Arbeitsverhältnisse (BAG 1. 12. 3
04 – 7 AZR 37/04, AP Nr 12 zu § 1 TVG Tarifverträge: Maler). Entgegen einer neuen Entscheidung des BAG ist daher
auch der Übergang eines einen Tag vor dem Betriebsübergang mit Befristungsablauf endenden Arbeitsverhältnisses nicht
möglich (aA BAG 19. 5. 05 – 3 AZR 649/03, NZA-RR 06, 373). Maßgeblich ist die rechtliche Zugehörigkeit, nicht die
tatsächliche Beschäftigung (LAG Sachs 8. 3. 96, NZA-RR 97, 4). Die Vorschrift gilt mithin auch für freigestellte ArbN im
gekündigten Arbeitsverhältnis während des Laufes der Kündigungsfrist (BAG 18. 12. 03 – 8 AZR 621/02, NZA 04, 791),
für Altersteilzeitverhältnisse in der Freistellungsphase (offen gelassen von BAG 19. 10. 04 – 9 AZR 645/03, NZA 05, 527)
einschließlich Wertguthaben aus der aktiven Phase (BAG 16. 8. 05 – 9 AZR 470/04) sowie für befristete Arbeitsverhält-
nisse. Erfasst werden alle ArbN, ohne zwischen Arbeitern und Angestellten oder Voll- und Teilzeitbeschäftigten zu
unterscheiden. Die Vorschrift gilt für leitende Angestellte (BAG 22. 2. 78, DB 78, 1453; 19. 1. 88, DB 88, 1166) ebenso
wie für Auszubildende (BAG 13. 7. 06 – 8 AZR 382/05, NZA 06, 1406; *Mehlich* NZA 02, 823) sowie Volontäre und
Praktikanten. Das Gleiche gilt für Arbeitsverhältnisse von ArbN, die ins Ausland entsandt wurden (BAG 14. 7. 05 – 8 AZR
392/04, NZA 05, 1411). Zu grenzüberschreitenden Betriebsübergängen s *Wisskirchen/Goebel* DB 04, 1937; zur Anwend-
barkeit des § 613 a BGB im kirchlichen Bereich zuletzt *Joussen* NJW 06, 1850.

Nicht anwendbar ist § 613 a BGB auf Vertragsverhältnisse mit ArbN-ähnlichen Personen wie zB Heimarbeitern (BAG 4
3. 7. 80, BB 81, 1466; 24. 3. 98 – 9 AZR 218/97, NZA 98, 1001; aA *Heinze* DB 80, 205; *Bachmer* AiB 96, 291. Die
Neuregelung in § 5 Abs 1 Satz 2 BetrVG gilt für § 613 a BGB nicht) und auf Ruhestandsverhältnisse (BAG 18. 3. 03 – 3
AZR 313/02, NZA 04, 848; 23. 3. 04 – 3 AZR 151/03, AP Nr 265 zu § 613 a BGB; BVerwG 13. 7. 99 – 1 C 14/98,
ZIP 99, 2067; aA *Säcker/Joost* DB 78, 1030, 1078; *Joost* Betrieb und Unternehmen als Grundbegriffe im Arbeitsrecht,

Betriebsübergang

1988, S 371). Ebenfalls ausgeschlossen ist die Anwendbarkeit des § 613 a BGB bei freien Mitarbeitern (BAG 13. 2. 03 – 8 AZR 59/02, NZA 03, 854), Werkvertragsnehmern und Handelsvertretern, Rechtsverhältnissen von Organmitgliedern (Geschäftsführer und Vorstände; BAG 13. 2. 03 – 8 AZR 654/01, NZA 03, 552), Mitinhaber des Unternehmens (BAG 17. 8. 2000 – 8 AZR 443/99: Tankstelle) sowie auf Beamte. In sachlicher Hinsicht gelten nicht die Anwendbarkeitsvoraussetzungen des BetrVG (BAG 6. 2. 80, DB 80, 1495). Auch Vereinbarungen zwischen den ArbN und einem weiteren konzernangehörigen Unternehmen gehen nicht nach § 613 a BGB auf den Betriebserwerber über, da sie nicht Gegenstand des Arbeitsvertrages sind (BAG 12. 2. 03 – 10 AZR 299/02, NZA 03, 487: Aktienoptionszusage der Konzernmutter; von *Steinau-Steinrück* NZA 03, 473; *Willemsen/Müller-Bonanni* ZIP 03, 1177; *Annuß/Lembke* BB 03, 2230). Das Ausscheiden eines Unternehmens aus einem Gemeinschaftsbetrieb führt nicht ohne weiteres zur Anwendbarkeit des § 613 a BGB (BAG 27. 11. 03 – 2 AZR 48/03, NZA 04, 477). Schließlich ist der Erwerber durch § 613 a BGB nicht daran gehindert mit ArbN, die nach erfolgtem Betriebsübergang neu eingestellt werden, andere Arbeitsbedingungen zu vereinbaren (BAG 23. 9. 03 – 1 ABR 35/02, NZA 04, 800: Tarifgeltung; LAG Köln 5. 5. 04 – 7 Sa 54/04: Betriebliche Altersversorgung). Selbst längere Zeit nach einem Betriebsübergang ist der ArbGeb nicht zu einer Angleichung der unterschiedlichen Arbeitsbedingungen verpflichtet. Eine Bindung an den Gleichbehandlungsgrundsatz entsteht erst dann, wenn der ArbGeb neue Vergütungsstrukturen schafft (BAG 31. 8. 05 – 5 AZR 517/04, NZA 06, 265). Unabhängig von § 613 a BGB kann ein ArbGeb Wechsel natürlich immer im Wege eines dreiseitigen Rechtsgeschäfts durchgeführt werden (LAG Köln 20. 3. 03 – 6 Sa 82/03, NZA-RR 04, 491). Zum rechtlichen Schicksal des Datenschutzbeauftragten beim Betriebsübergang vgl zuletzt *Liedtke* NZA 05, 390.

- 5 **II. Voraussetzungen eines Betriebsübergangs. 1. Betriebsinhaberwechsel.** Der Wechsel des Betriebsinhabers ist erste Voraussetzung, dh es muss eine Änderung in der Person desjenigen erfolgen, der über die arbeitsrechtliche Organisations- und Leitungsmacht verfügt (BAG 6. 2. 85, DB 85, 2411; 13. 11. 86, DB 87, 990), ohne dass allerdings ein besonderer Übertragungsakt vorliegen muss (BAG 12. 11. 98 – 8 AZR 282/97, NZA 99, 310; *Müller-Glöge* NZA 99, 449). Das ist regelmäßig derjenige, der den Betrieb im eigenen Namen führt. Das Eigentum an den Betriebsmitteln ist dafür ohne Bedeutung (BAG 15. 12. 05 – 8 AZR 202/05, NZA 06, 597; s auch unten Rz 16). Gleichgültig ist dabei, ob es sich um eine natürliche Person, eine Gesamthand oder eine juristische Person handelt. Auch bei der Privatisierung öffentlicher Einrichtungen ist § 613 a BGB uneingeschränkt anwendbar (LAG NdS 31. 8. 01 – 10 Sa 2899/98, NZA-RR 02, 630; 23. 1. 04 – 16 Sa 592/03, NZA-RR 04, 499; *Kothe* BB 97, 1738; *Schipp* NZA 94, 865; *Plander* NZA 02, 69; *Wollenschläger/von Harbou* NZA 05, 1081), denn auch solche Einrichtungen können Betriebe iSv § 613 a BGB sein (BAG 25. 9. 03 – 8 AZR 421/02, NZA 04, 316; zur Privatisierung von Bühnen *Opolony* ZTR 04, 338). Gleiches gilt trotz des verfassungsrechtlichen Tendenzschutzes für Rundfunk- und Fernsehanstalten (BVerfG 19. 7. 2000 – 1 BvR 6/97, NZA 2000, 1049). Die Richtlinie 77/187/EWG erfasst auch identitätswahrende Übernahmen innerhalb der öffentlichen Verwaltung sowie Reprivatisierungen (EuGH 14. 9. 2000 – Rs C-343/98, NZA 2000, 1279 – Collino; 26. 9. 2000 – Rs C-175/99, NZA 2000, 1327 – Mayeur).
- 6 Diese Voraussetzung wird nicht erfüllt durch bloße Veränderungen in der **Rechtsform** eines Betriebsinhabers oder bei **Wechsel von Gesellschaftern** (BAG 3. 5. 83, DB 83, 1259; 12. 7. 90, DB 91, 340; 3. 11. 98 – 3 AZR 484/97). Gleichwohl kann mit dem Ausscheiden eines Unternehmers als Teilhaber eines Gemeinschaftsbetriebs aus demselben ein Betriebsteilübergang verbunden sein (BAG 26. 8. 99 – 8 AZR 588/98). Nicht notwendig ist eine Änderung der Eigentumsverhältnisse; andererseits bewirkt allein eine Sicherungsübereignung noch keinen Betriebsübergang (BAG 20. 3. 03 – 8 AZR 312/02, NZA 03, 1338). Ein Betriebsinhaberwechsel iSd § 613 a BGB liegt auch im Fall des **Pächterwechsels** (BAG 26. 2. 87, DB 87, 991; allerdings **nicht** beim **Rückfall der Pachtsache** an den Verpächter ohne Fortführung des Betriebs BAG 18. 3. 99 – 8 AZR 159/98, NZA 99, 704; s unten Rz 12) sowie bei der Betriebsaufspaltung in Besitz- und Betriebsgesellschaft vor (BAG 19. 1. 88, DB 88, 1166; *Henssler* NZA 94, 294) oder der Verschmelzung von Gesellschaften (BAG 5. 10. 93, DB 94, 1683). Die Anwendbarkeit des § 613 a Abs 1 BGB bei Verschmelzung, Spaltung oder Vermögensübertragung ist in § 324 UmwG gesetzlich normiert (*Bauer/Lingemann* NZA 94, 1057; *Boecken* ZIP 94, 1087; Näheres s *Umwandlung* Rz 7).
- 7 **2. Betriebs- oder Betriebsteilübergang.** Das Tatbestandsmerkmal des Betriebs- bzw Betriebsteilübergangs ist in der letzten Zeit von der höchstrichterlichen Rspr grundlegend neu strukturiert worden. Bei diesem Merkmal erfolgt die entscheidende Weichenstellung für oder gegen die Annahme eines Betriebsübergangs.
- 8 **a) Frühere Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts.** Bislang prüfte das BAG in zwei Stufen zunächst das Vorliegen eines Betriebs oder Betriebsteils und sodann dessen Übergang im Rechtssinn. Dabei griff es in ständiger Rspr auf den allgemeinen arbeitsrechtlichen **Betriebsbegriff** (s *Betrieb (Begriff)* Rz 3) zurück und nahm lediglich die ArbN mit der Begründung aus, deren Übergang sei Rechtsfolge und könne daher keine Tatbestandsvoraussetzung sein (BAG 25. 2. 81, DB 81, 1140; 22. 5. 85, DB 85, 2409). Durchbrochen wurde der Grundsatz allerdings für ArbN mit Spezialkenntnissen, deren Know-how für den Betrieb von erheblicher Bedeutung war (BAG 25. 6. 85, DB 85, 2459; 10. 6. 88, AP Nr 82 zu § 613 a BGB; 27. 7. 94, DB 95, 431). Unter **Betriebsteil** iSv § 613 a BGB verstand die frühere Rspr eine Teileinheit bzw Teilorganisation eines Betriebes, mit der der neue Inhaber bestimmte arbeitstechnische Teilzwecke verfolgen kann (BAG 22. 5. 85, DB 85, 2409; 16. 10. 87, DB 88, 712; 9. 2. 94, DB 94, 1731). Es musste also eine organisatorische Untergliederung des Gesamtbetriebes übertragen werden. Einen **Übergang** bejahte das BAG schließlich immer dann, wenn der Erwerber die wesentlichen Betriebsmittel dergestalt übernommen hatte, dass ihm die Fortführung des Betriebs bzw Betriebsteils möglich war. Die Bedeutung der unterschiedlichen Betriebsmittel im Einzelfall sah das BAG dabei in Abhängigkeit vom jeweiligen Unternehmensgegenstand. Bei **Produktionsbetrieben** stellte es regelmäßig auf die Betriebsanlagen sowie je nach Branche und Spezialisierungsgrad auf das technische Know-how ab (BAG 22. 5. 85, DB 85, 2409; 9. 2. 94, DB 94, 1144). Bei **Handels- und Dienstleistungsbetrieben** standen demgegenüber die immateriellen Betriebsmittel im Vordergrund. Eine umfangreiche **Entscheidungsübersicht** über die frühere Rspr befindet sich im Personalbuch 1998 unter Betriebsübergang Rz 21 f und 24 f.

b) Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs. Der EuGH hat demgegenüber seit jeher in ständiger Rspr das diesbezügliche Tatbestandsmerkmal der Richtlinie anders ausgelegt. Er hat bereits in einem Urteil vom 18. 3. 86 (Rs 24/85, EAS Nr 2 zu Art 1 RL 77/187/EWG – Spijkers) im Einzelnen ausgeführt, dass es entscheidend darauf ankomme, ob eine **wirtschaftliche Einheit** vorhanden sei, die trotz des Inhaberwechsels ihre **Identität bewahrt** habe. Hierfür seien sämtliche, den betreffenden Vorgang kennzeichnenden Tatsachen im Rahmen einer umfassenden Gesamtwürdigung zu berücksichtigen. Von Bedeutung seien dabei namentlich die Art des betreffenden Unternehmens oder Betriebes, der Übergang oder Nichtübergang der materiellen Aktiva wie Gebäude und bewegliche Güter, der Wert der immateriellen Aktiva zum Zeitpunkt des Übergangs, die Übernahme oder Nichtübernahme der Hauptbelegschaft durch den neuen Inhaber, der Übergang oder Nichtübergang der Kundschaft sowie der Grad der Ähnlichkeit zwischen der vor und der nach dem Übergang verrichteten Tätigkeit und die Dauer einer eventuellen Unterbrechung dieser Tätigkeit. In der Folgezeit hat der EuGH diese Grundsätze in verschiedenen Fallkonstellationen angewandt (EuGH 17. 12. 87 – Rs 287/86, EAS Nr 3 zu Art 1 RL 77/187/EWG – Ny Molle Kro; 10. 2. 88 – Rs 324/86, EAS Nr 4 zu Art 1 RL 77/187/EWG – Daddy's Dance Hall; 15. 6. 88 – Rs 101/87, EAS Nr 5 zu Art 1 RL 77/187/EWG – Bork) und dabei den og Kriterienkatalog mehrfach bestätigt (19. 5. 92 – Rs C-29/91, NZA 94, 207 – Redmond Stichting; 12. 11. 92 – Rs C-209/91, NZA 95, 475 – Watson Rask). Allerdings blieb diese Rspr weitestgehend unbeachtet und wurde erst durch die Christel Schmidt-Entscheidung vom 14. 4. 94 (Rs C-392/92, NZA 95, 545) bekannt, in der der EuGH bei der erstmaligen Fremdvergabe der bisher von einer einzigen angestellten Reinigungskraft erledigten Reinigungsaufgaben einen Betriebsübergang bejahte und die Kündigung dieser ArbN für unwirksam hielt. Die deutliche Kritik, die diese Entscheidung im Schrifttum hervorrief (vgl die Nachweise im Personalbuch 1997 Betriebsübergang Rz 10), blieb nicht ohne Wirkung. In seinem Urte vom 11. 3. 97 (Rs C-13/95, NZA 97, 433 – Ayse Süzen) führte der EuGH seine Rspr wieder auf die eingangs erwähnten Grundsätze zurück und bestätigte dies mit Urteilen vom 10. 12. 98 (Rs C-173/96 – Hidalgo und Rs C-247/96 – Ziemann, NZA 99, 189 sowie Rs C-127/96, 229/96 und 74/97, NZA 99, 253); 2. 12. 99 (Rs C-234/98 – Allen, NZA 2000, 587), 25. 1. 01 (Rs C-172/99 – Liikenne, NZA 01, 249) und 24. 1. 02 (Rs C-51/00 – Imzilyen, NZA 02, 265). Allerdings kann nach Auffassung des EuGH im Einzelfall ein Kriterium von derart entscheidender Bedeutung sein, dass alle anderen Umstände in den Hintergrund treten (EuGH aaO: Busse als Betriebsmittel bei Neuvergabe einer Buslinie; EuGH 20. 11. 03 – Rs C-340/01 – Abler, NZA 03, 1385: Räumlichkeiten, Inventar und weitere unverzichtbare Betriebsmittel bei der Neuvergabe einer Krankenhauskantine – s dazu unten Rz 14).

c) Neuere Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts. aa) Übernahme der EuGH-Rechtsprechung. Der für Fragen des Betriebsübergangs zuständige 8. Senat des BAG hat erstmals in seinem Urte vom 22. 5. 97 (8 AZR 101/96, NZA 97, 1050) eine grundlegende Änderung der oben in Rz 8 dargestellten bisherigen Rspr vollzogen und sich uneingeschränkt der Rspr des EuGH angeschlossen (instruktive RsprÜbersicht bei *Hauck* NZA 04, Beilage zu Heft 18, 17; *Müller-Glöge* NZA 99, 449; *Moll* RdA 99, 233, *Hunold* NZA-RR 03, 505, 561). An die Stelle des früheren Betriebsbegriffs ist damit auch in der nationalen Rspr das Merkmal der **auf Dauer angelegten wirtschaftlichen Einheit** getreten und entscheidendes Kriterium für einen rechtserheblichen Übergang ist die **Identitätswahrung**. Mit nahezu gleich lautenden Formulierungen greift das BAG auch auf den og Kriterienkatalog des EuGH zurück und nimmt in jedem Einzelfall eine **wertende Gesamtbetrachtung** aller Umstände vor. Schlagwortartig nennt das BAG in diesem Zusammenhang des weiteren Personal, Führungskräfte, Arbeitsorganisation, Betriebsmethoden und ggf zur Verfügung stehende Betriebsmittel (ständige Rspr zuletzt BAG 13. 6. 06 – 8 AZR 271/05, NZA 06, 1101). Eine Rangfolge der Kriterien gibt es dabei nicht. Ihre Gewichtung ist allein einzelfallabhängig (BAG 26. 6. 97 – 8 AZR 426/95, NZA 97, 1228; 13. 11. 97 – 8 AZR 435/95; 22. 1. 98 – 8 AZR 358/95). So hat das BAG zB bei der Neuvergabe eines Reinigungsauftrags die Übernahme größerer Belegschaftsteile allein nicht für ausreichend angesehen, um einen Betriebsübergang zu bejahen, solange nicht die Weiterführung der bisherigen Arbeitsorganisation feststeht (BAG 19. 3. 98 – 8 AZR 737/96; ähnlich bereits BAG 22. 1. 98 – 8 AZR 623/96 für einen Möbelauslieferer). Auch reine Änderungen der Arbeitszeit wie bspw andere Schichtplanregelungen sind für die Identität des Betriebs nicht prägend (BAG 6. 4. 06 – 8 AZR 222/04, NZA 06, 723).

Diese Grundsätze gelten in gleicher Weise für **Betriebsteile**. Auch insoweit ist es erforderlich, dass die wirtschaftliche Einheit ihre Identität bewahrt (BAG 26. 8. 99 – 8 AZR 718/98, NZA 2000, 144; 8. 8. 02 – 8 AZR 583/01, NZA 03, 315; 13. 7. 06 – 8 AZR 331/05, NZA 06, 1357). Hervorzuheben ist lediglich, dass die übernommenen Betriebsteile immer bereits beim Veräußerer als solche vorhanden gewesen sein müssen, da nur eine existente, selbstständig betreibbare, organisatorische Einheit übergehen kann (BAG 16. 2. 06 – 8 AZR 204/05, NZA 06, 794; 2. 3. 06 – 8 AZR 147/05, NZA 06, 1105; 6. 4. 06 – 8 AZR 249/04, NZA 06, 1039). Es kommt nicht darauf an, ob der verbleibende Restbetrieb noch lebensfähig ist (BAG 24. 8. 06 – 8 AZR 556/05).

bb) Abgrenzung zur Funktionsnachfolge. Eine auf Dauer angelegte wirtschaftliche Einheit setzt eine bestimmte **Organisationsstruktur** voraus. Hieran fehlt es, wenn lediglich eine bestimmte Tätigkeit beim Erwerber fortgeführt wird. Es liegt dann eine bloße Funktionsnachfolge vor, die keinen Betriebs- bzw Betriebsteilübergang darstellt (BAG 13. 11. 97 – 8 AZR 295/95, NZA 98, 251 und 18. 2. 99 – 8 AZR 500/97 – Gebäudereinigung in Krankenhaus; 13. 11. 97 – 8 AZR 52/96 – Verpackungsabteilung; 11. 12. 97 – 8 AZR 699/96 – Buchhalter; 22. 1. 98 – 8 AZR 197/95 – Reinigungskraft in Schuhgeschäft; 23. 4. 98 – 8 AZR 665/96 – Auslieferungsfahrer im Einzelhandel; 14. 5. 98 – 8 AZR 418/96 – Bewachungsauftrag; 4. 6. 98 – 8 AZR 644/96 – Kinderklinik; 16. 7. 98 – 8 AZR 77/97 – EDV-Vertriebstätigkeit bei Verlag; 3. 9. 98 – 8 AZR 306/97, NZA 99, 147 – Möbelauslieferung und -montage; 21. 1. 99 – 8 AZR 680/97; 23. 9. 99 – 8 AZR 614/98 – Lehrer in Privatschule; 25. 9. 03 – 8 AZR 421/02, NZA 04, 316 – Schießplatz; 5. 2. 04 – 8 AZR 639/02, NZA 04, 845 – Schwimmtrainerin; LAG NdS 23. 6. 03 – 5 Sa 1938/02, NZA-RR 04, 185 – Call-Center; LAG Köln 24. 7. 03 – 10 Sa 86/03, NZA-RR 04, 236 – Kinderbetreuung; LAG Hess 19. 12. 03 – 17 (9) Sa 1029/03 – Franchisevertrag in Gastronomie; LAG Sachs 27. 2. 04 – 2 Sa 739/03 – Notfallrettung; LAG Bln 1. 10. 04 – 6 Sa 1191/04, NZA-RR 05, 295 – Gartencenter).

cc) Identitätskriterien. Seit der grundlegenden Änderung seiner Rspr konkretisiert der 8. Senat des BAG in einer Vielzahl von Einzelfallentscheidungen die vorgenannten Identitätskriterien. So hat er bereits in der ersten Entscheidung

Betriebsübergang

vom 22. 5. 97 eine neunmonatige **Unterbrechung der betrieblichen Tätigkeit** bei einem Modefachgeschäft als übergangsschädlich angesehen (BAG 22. 5. 97 – 8 AZR 101/96, NZA 97, 1050). Der maßgebliche Schwellenwert ist dabei abhängig vom jeweiligen Unternehmensgegenstand (aA *Preis/Steffan* DB 98, 309: vier Monate analog § 1 Abs 3 Satz 2 BeschFG). Bei einer Kindertagesstätte spricht bereits eine dreimonatige Unterbrechung gegen einen Betriebsübergang (LAG Köln 2. 10. 97 – 10 Sa 643/97, NZA-RR 98, 290).

- 13 Die fehlende **Ähnlichkeit der betrieblichen Tätigkeit** verhinderte bei der Neuverpachtung einer Gaststätte einen Betriebsübergang, nachdem hier ein Wechsel von gutbürgerlicher deutscher Küche zu einem arabischen Spezialitätenrestaurant stattgefunden hatte (BAG 11. 9. 97 – 8 AZR 555/95, NZA 98, 31). Ebenso hat das BAG im Fall der Eröffnung einer Gaststätte und eines Hotels auf dem Gelände eines ehemaligen Ferienzentrums des FDGB entschieden (BAG 16. 7. 98 – 8 AZR 81/97, NZA 98, 1233). Anders ist dies bei der Fortführung eines bisherigen Gemeinschaftsbetriebs zweier Unternehmen durch eines der beiden Unternehmen bei weitestgehend gleichbleibender Arbeitsorganisation (LAG Hess 16. 4. 97 – 8 Sa 1202/95, NZA-RR 98, 242). Bei einem Elektro-Einzelhandelsgeschäft kommt dem gleich bleibenden Warensortiment entscheidende Bedeutung zu (BAG 2. 12. 99 – 8 AZR 796/98, NZA 2000, 369 unter Bezugnahme auf die frühere Rspr). Demgegenüber ist im Möbeleinzelhandel der Wechsel von einem Vollsortiment zum Abholverkauf von Einzelstücken zu Discountpreisen identitätsschädlich (BAG 13. 7. 06 – 8 AZR 331/05, NZA 06, 1357). Wird eine Arztpraxis in derselben fachlichen Ausrichtung, in denselben Räumen mit den vorhandenen technischen Einrichtungen unter bewusster Heranziehung des bisherigen Patientenkreises fortgesetzt, ist von einer Identitätswahrung auszugehen (LAG Düsseldorf 29. 2. 2000 – 3 Sa 1896/99, NZA-RR 2000, 353). Ein Betriebsübergang auf einen Gemeinschaftsbetrieb scheidet regelmäßig aus, da auf eine reine Betriebsführungsgesellschaft nichts übertragen werden kann, was die Identität der wirtschaftlichen Einheit ausmacht (BAG 16. 2. 06 – 8 AZR 211/05, NZA 06, 592).
- 14 Neu ist die weitgehende **Berücksichtigung des Personals** für die Beurteilung der Voraussetzungen eines Betriebsübergangs insbesondere in betriebsmittelarmen Betrieben. Während früher das Schicksal der Arbeitsverhältnisse lediglich auf der Rechtsfolgenseite betrachtet wurde und nur in Ausnahmefällen die Übernahme von besonderen Know-How-Trägern für die Begründung eines Betriebsübergangs von Bedeutung war, ist nunmehr die Weiterbeschäftigung der ArbN durch den Erwerber ein wichtiges Indiz (BAG 13. 11. 97 – 8 AZR 295/95, NZA 98, 251; aA noch LAG BaWü 21. 7. 97 – 15 Sa 47/97, NZA-RR 98, 10: Abwerbung von ArbN begründet keinen Betriebsübergang). Dabei kommt es entscheidend darauf an, dass ein **nach Zahl und Sachkunde wesentlicher Teil** der Belegschaft vom Erwerber übernommen bzw neu eingestellt worden ist (BAG 11. 12. 97 – 8 AZR 729/96, NZA 98, 534; 23. 9. 99 – 8 AZR 614/98). Die Anforderungen hängen im Einzelfall von der Art und Qualifikation der Tätigkeit ab (BAG 29. 6. 2000 – 8 ABR 44/99, NZA 2000, 1180: 50% der ArbN inklusive 50% der Bauleiter und Poliere in Rohrleitungsbau genügt nicht; 19. 3. 98 – 8 AZR 737/96; 14. 5. 98 – 8 AZR 418/96: 60% genügt bei einfacher Reinigungstätigkeit nicht; LAG Köln 23. 1. 98 – 11/9 Sa 822/97, NZA-RR 98, 337: 4 von 7 Raumpflegerinnen genügt ohne die Übernahme von Führungskräften nicht; LAG Köln 26. 3. 98 – 5 Sa 1420/97, NZA-RR 98, 398: ebenso bei 50% der Reinigungskräfte ohne Übernahme von Führungspersonal; BAG 4. 6. 98 – 8 AZR 644/96: Chefarzt und 50% des Pflegepersonals und Azubis genügen bei Krankenhaus nicht; BAG 22. 10. 98 – 8 AZR 752/96: ebenso 57% der Verwaltungskräfte und 43% der Lehrer einer Einrichtung für Erwachsenenbildung; ähnlich BAG 23. 9. 99 – 8 AZR 614/98; BAG 21. 1. 99 – 8 AZR 680/97: erst recht nicht 30% der Lehrer bei Privatschule; BAG 10. 12. 98 – 8 AZR 676/97, NZA 99, 420: 75% der Belegschaft reicht bei einem Hol- und Bringdienst bzw einem Spülküchenbetrieb im Reinigungsdienst eines Krankenhauses nicht aus; LAG Köln 14. 3. 2000 – 13 Sa 1356/99, NZA-RR 2000, 634: 9 von 15 Busfahrern genügen nicht; LAG Köln 12. 7. 05 – 9 Sa 1566/04, LAGE § 613a BGB 2002 Nr 8: 50% des besonders ausgebildeten Personals aus allen Tätigkeitsbereichen der Personen- und Gepäckkontrolle an einem Flughafen genügt; deutlich geringere Anforderungen stellt *Gaul ZTR* 98, 1: Orientierung an § 17 KSchG). Insgesamt kommt im personellen Bereich der Übernahme der Führungskräfte und des damit verbundenen „Know-how“ nach wie vor besondere Bedeutung zu (BAG 27. 1. 2000 – 8 AZR 106/99).
- 15 Umgekehrt kann aber aus der **unterbliebenen Übernahme** des Personals nicht generell darauf geschlossen werden, dass ein Betriebsübergang nicht vorliegt (LAG Köln 8. 3. 04 – 4 Sa 1115/03, NZA-RR 04, 464).
- 16 Abhängig von der Art des Betriebs kommt der **Nutzung vorhandener Betriebsmittel** besondere Bedeutung bei der Identitätsprüfung zu. Betriebsmittelintensive Betriebe, als solche, bei denen der Einsatz von Betriebsmitteln für die Tätigkeit unerlässlich ist und den eigentlichen Kern des zur Wertschöpfung erforderlichen Funktionszusammenhangs ausmacht, werden gerade durch diese Betriebsmittel geprägt. Ihr Schicksal kann daher im Rahmen der Gesamtbetrachtung entscheidend sein. Dabei kommt es nicht auf das Eigentum an den Betriebsmitteln und deren eigenwirtschaftliche Nutzung an. Im Anschluss an die EuGH-Rspr (EuGH 20. 11. 03 – Rs C – 340/01 – *Abler*, NZA 03, 1385; 15. 12. 05 – Rs C – 232, 233/04 – *Güney-Görres*, NZA 06, 29) hat dies das BAG mittlerweile mehrfach entschieden (BAG 4. 6. 06 – 8 AZR 222/04, NZA 06, 723 – Druckserviceunternehmen; 13. 6. 06 – 8 AZR 271/05, NZA 06, 1101 – Fluggastkontrolle). Seine frühere gegenteilige Rspr (zuletzt BAG 14. 5. 98 – 8 AZR 418/96, NZA 99, 483; 29. 6. 2000 – 8 AZR 520/99) hat es ausdrücklich aufgegeben. Erforderlich ist danach eine zweistufige Prüfung. Zunächst ist festzustellen, ob die Betriebsmittel zur Arbeitsorganisation des Auftragnehmers (Betriebsveräußerers) gehören, um bejahendenfalls sodann in einem zweiten Schnitt deren Bedeutung zu gewichten (*Willemsen/Müntefering* NZA 06, 1185).
- 17 Die Wahrung der Identität setzt schließlich zwingend eine **tatsächliche Fortführung** der fraglichen Einheit voraus. Anders als nach der früheren Rspr (BAG 22. 2. 78, DB 78, 1453; 20. 11. 84, DB 85, 1135; 22. 5. 85, DB 85, 2409) kann daher die reine Fortführungsmöglichkeit nicht mehr ausreichen (*Müller-Glöge* NZA 99, 449; *Preis/Steffan* DB 98, 309; *Annuß* NZA 98, 70 und BB 98, 1582; *Willemsen/Annuß* Anm zu BAG EzA Nr 153 zu § 613a BGB; noch unklar insoweit BAG 16. 7. 98 – 8 AZR 81/97, NZA 98, 1233, wonach beim Pächterwechsel die Möglichkeit zur unveränderten Fortsetzung des Betriebs ausreichen soll; ebenso beim Rückfall der Pachtsache an den Verpächter LAG Bln 3. 9. 98 – 14 Sa 67/98, NZA-RR 98, 530 und 23. 10. 98 – 2 Sa 35/98, NZA-RR 99, 461 – Theaterbetrieb; LAG Köln 18. 7. 97 – 11 Sa 368/97, NZA 99, 269 [LS] – Gaststätte) oder bei Rückfall an den Insolvenzverwalter zur Verwertung und Abwicklung (LAG Köln 11. 5. 99 – 10 Sa 14/99, NZA 2000, 36). Das hat mittlerweile auch das BAG klargestellt

Betriebsübergang

(12. 11. 98 – 8 AZR 282/97, NZA 99, 310; 18. 3. 99 – 8 AZR 159/98, NZA 99, 704; 18. 3. 99 – 8 AZR 196/98, NZA 99, 869; 8. 8. 02 – 8 AZR 583/01, NZA 03, 315).

dd) Outsourcing/Insourcing. Keine Besonderheiten gelten im Hinblick auf das Erfordernis der Identitätswahrung bei der Überprüfung sog Outsourcing-Fälle. Gleiches gilt für die mittlerweile eingetretene gegenläufige Entwicklung zum Insourcing (BAG 17. 4. 03 – 8 AZR 253/02, AP Nr 253 zu § 613 a BGB; 22. 7. 04 – 8 AZR 350/03, NZA 04, 1383).

d) Rechtsprechungsüberblick. Ohne Anspruch auf Vollständigkeit wird im Folgenden die aktuelle Rspr des BAG zum Betriebsübergangstbestand stichwortartig dargestellt. Sofern das BAG einen Betriebsübergang bejaht hat, ist dies mit einem (+) gekennzeichnet, anderenfalls mit einem (-); die Zurückverweisung an das Berufungsgericht ist mit einem (z) gekennzeichnet.

Anzeigenblatt – 3. 9. 98 – 8 AZR 439/97 (-); **Apotheke** – 19. 3. 98 – 8 AZR 139/97, NZA 98, 750 (+); **Armaturenerstellung** – 25. 5. 2000 – 8 AZR 335/99 (-); **Auslieferungslager** – 18. 12. 03 – 8 AZR 621/02, NZA 04, 791 (+); **Bauunternehmen** – 19. 12. 2000 – 3 AZR 451/99, NZA 02, 615 (+); **Bewachung** – 22. 1. 98 – 8 AZR 775/96, NZA 98, 638 (-); 22. 1. 98 – 8 ABR 83/96 (-); 14. 5. 98 – 8 AZR 418/96, NZA 99, 483 (z); 14. 5. 98 – 8 AZR 328/96 (-); 7. 9. 98 – 8 AZR 276/97 (-); **Bohrgesellschaft** – 8. 8. 02 – 8 AZR 583/01, NZA 03, 315 (z); **Bistrobewirtschaftung** bei der Bahn – 6. 4. 06 – 8 AZR 249/04, NZA 06, 1039 (-); **Brauerei** – 22. 1. 98 – 8 AZR 358/95 (-); **Buchhaltung** – 11. 12. 97 – 8 AZR 699/96 (-); **Catering** – 11. 12. 97 – 8 AZR 426/94, NZA 98, 532 (-); **Druckerei** – 18. 3. 99 – 8 AZR 306/98, NZA 99, 706 (+); **Druckserviceunternehmen** – 6. 4. 06 – 8 AZR 222/04, NZA 06, 723 (+); **Druckweiterverarbeitung** – 26. 8. 99 – 8 AZR 588/98 (z); **Einzelhandel** – 2. 12. 99 – 8 AZR 796/98, NZA 2000, 369 (z); 17. 6. 03 – 2 AZR 134/02, AP Nr 260 zu § 613 a BGB (-); **Erwachsenenbildung** – 22. 10. 98 – 8 AZR 752/96 (-); 18. 2. 99 – 8 AZR 485/97, NZA 99, 648 (z); 23. 9. 99 – 8 AZR 614/98 (-); **Ferienzentrum** – 16. 7. 98 – 8 AZR 81/97, NZA 98, 1233 (-); **Fleischereigeschäft** – 18. 2. 99 – 8 AZR 732/97 (+); **Fluggastkontrolle** – 13. 6. 06 – 8 AZR 271/05, NZA 06, 1101 (+); **Forschungsschiff** – 2. 3. 06 – 8 AZR 147/05, NZA 06, 1105 (+); **Frauenhaus** – 4. 6. 06 – 8 AZR 299/05, NZA 06, 1096 (-); **Gaststätte** – 11. 9. 97 – 8 AZR 555/95, NZA 98, 31; 20. 3. 03 – 8 AZR 312/02, NZA 03, 1338 (-); **Gebäudereinigung** – 13. 11. 97 – 8 AZR 295/95, NZA 98, 251 (+ Neueinstellung); 11. 12. 97 – 8 AZR 729/96, NZA 98, 534 (+); 11. 12. 97 – 8 AZR 156/95, NZA 99, 486 (z); 22. 1. 98 – 8 AZR 197/95 (-); 19. 3. 98 – 8 AZR 737/96 (-); 18. 2. 99 – 8 AZR 500/97 (-); 2. 12. 99 – 8 AZR 774/98, NZA 2000, 480 (+); 22. 4. 04 – 2 AZR 243/03 (-); 24. 5. 05 – 8 AZR 333/04, NZA 06, 31 (-); **Gebäudetechnik** – 27. 1. 2000 – 8 AZR 106/99 (z); **Gefahrostofflager** – 22. 7. 04 – 8 AZR 350/03, NZA 04, 1383 (+); **Getränkehandel** – 14. 12. 2000 – 8 AZR 220/00 (-); **Grundstücksverwaltung** – 18. 3. 99 – 8 AZR 196/98, NZA 99, 869 (-); 18. 3. 99 – 8 AZR 169/98 (-); **Hol- und Bringdienst** – 10. 12. 98 – 8 AZR 676/97, NZA 99, 420 (-); **Hotelbetrieb** – 14. 12. 2000 – 8 AZR 694/99 (-); 13. 7. 06 – 8 AZR 382/05, NZA 06, 1406 (+); **Installateur** – 16. 2. 06 – 8 AZR 211/05, NZA 06, 592 (-); **Instandhaltung** – 13. 11. 97 – 8 AZR 82/95 (z); **Jugendwohnheim** – 23. 9. 99 – 8 AZR 750/98, RzK I 5 e Nr 120 (-); **Kantine** – 25. 5. 2000 – 8 AZR 337/99 (+); **Kasernengelände** – 2. 12. 98 – 7 AZR 579/97, NZA 99, 926 (+); **Kommissionsbetrieb** – 29. 6. 2000 – 8 AZR 520/99 (-); **Krankenhaus** – 4. 6. 98 – 8 AZR 644/96 (-); 25. 5. 2000 – 8 AZR 416/99, NZA 2000, 1115 (+); **Kundendienst** – 22. 1. 98 – 8 AZR 243/95, NZA 98, 536 (-); **Lagerverwaltung** – 17. 4. 03 – 8 AZR 253/02, AP Nr 253 zu § 613 a BGB (-); **Malerei** – 20. 6. 02 – 8 AZR 459/01, NZA 03, 318 (+); **Maschinenbau** – 12. 11. 98 – 8 AZR 282/97, NZA 99, 310 (z); **Möbelauslieferung und -montage** – 22. 1. 98 – 8 AZR 623/96 (-); 3. 9. 98 – 8 AZR 306/97, NZA 99, 147 (-); **Möbel Einzelhandel** – 13. 7. 06 – 8 AZR 331/05, NZA 06, 1357 (-); **Notariat** – 26. 8. 99 – 8 AZR 827/98, NZA 2000, 371 (-); **Privatschule** – 21. 1. 99 – 8 AZR 680/97 (-); **Rohrleitungsbau** – 29. 6. 2000 – 8 ABR 44/99, NZA 2000, 1180 (-); **Schießplatz** – 25. 9. 03 – 8 AZR 421/02, NZA 04, 316 (-); **Schuhproduktion** – 16. 5. 02 – 8 AZR 319/01, NZA 03, 93 (-); 13. 5. 04 – 8 AZR 331/03 (-); **Theater** – 23. 9. 99 – 8 AZR 135/99 (-); **Tiernahrungsproduktion** – 23. 9. 99 – 8 AZR 650/98 (-); **Transportunternehmen** – 26. 8. 99 – 8 AZR 718/98, NZA 2000, 144; **Treuhandanstalt** – 24. 8. 06 – 8 AZR 317/05, Pressemitteilung Nr 56/06 (-); **Vertriebsunternehmen** – 13. 11. 97 – 8 AZR 52/96 (-); 13. 11. 97 – 8 AZR 435/95 (-); **Verwaltung** – 26. 6. 97 – 8 AZR 426/95, NZA 97, 1228 (-); **Warenauslieferung** – 23. 4. 98 – 8 AZR 665/96 (-); **Zementwerk** – 3. 11. 98 – 3 AZR 484/97 (-).

e) Zeitpunkt. Maßgeblicher Zeitpunkt und damit auslösendes Moment für die Rechtsfolgen des § 613 a BGB ist der Zeitpunkt, in dem der **Wechsel in der Person des Betriebsinhabers** erfolgt. Der bisherige Inhaber muss seine wirtschaftliche Betätigung in Bezug auf diesen Betrieb oder Betriebsteil einstellen und der neue Inhaber die wirtschaftliche Einheit nutzen und fortführen. In diesem Sinn hat zuletzt auch der EuGH bezüglich Art 3 Abs 1 der Richtlinie entschieden und auf den Zeitpunkt abgestellt, zu dem die Inhaberschaft (Verantwortung für den Betrieb der betreffenden Einheit) auf den Erwerber übergeht (EuGH 26. 5. 05 – Rs C-478/03, NZA 05, 681 – John Astley ua). Bei einer Übertragung in mehreren Schritten kommt es auf den Übergang der wesentlichen, zur Fortführung des Betriebs erforderlichen Betriebsmittel an (BAG 27. 10. 05 – 8 AZR 568/04, NZA 06, 668). Einer besonderen Übertragung einer irgendwie gearteten **Leitungsmacht** bedarf es nach der Rspr des 8. Senats des BAG daneben nicht (BAG 12. 11. 98 – 8 AZR 282/97, NZA 99, 310 und 8 AZR 301/97, NZA 99, 715; 23. 9. 99 – 8 AZR 135/99; zustimmend Joost EWiR 99, 993; anders früher der 3. Senat des BAG zuletzt 18. 3. 97 – 3 AZR 729/95, NZA 98, 97). Erst recht führt eine Vereinbarung mehrerer Unternehmen über eine gemeinsame Betriebsführung nicht zu einem Betriebsübergang, da hierdurch keine Übertragung des Direktionsrechts erfolgt, sondern lediglich die Tätigkeit der Unternehmen koordiniert wird (BAG 26. 8. 99 – 8 AZR 588/98; 24. 2. 2000 – 8 AZR 162/99).

3. Zuordnung. Liegen die Voraussetzungen eines Betriebsübergangs bzw eines Betriebsteilübergangs vor, so gehen jeweils die Arbeitsverhältnisse derjenigen ArbN über, die dem konkreten Betrieb oder Betriebsteil zuzuordnen sind (BAG 13. 11. 97 – 8 AZR 375/96, NZA 98, 249; 13. 2. 03 – 8 AZR 102/02, AP Nr 245 zu § 613 a BGB; 25. 9. 03 – 8 AZR 446/02, AP Nr 256 zu § 613 a BGB; 28. 10. 04 – 8 AZR 391/03, NZA 05, 285; 21. 2. 06 – 3 AZR 216/05, AP Nr 58 zu § 16 BetrAVG). Eine solche Zuordnung ist unproblematisch, sofern zwischen ArbGeb und ArbN Einigkeit über die Zugehörigkeit zu einem bestimmten Betriebsteil besteht. In diesem Fall ist der **Parteiwille** maßgeblich (BAG 20. 7. 82 – 3 AZR 261/80, AP Nr 31 zu § 613 a BGB; 18. 3. 97 – 3 AZR 729/95, NZA 98, 97; LAG Düsseldorf 14. 5. 04 – 9 (14) Sa 1691/03, LAGE § 613 a BGB 2002 Nr 4). Ist die Zuordnung streitig, entscheidet das BAG nach **objektiven Kriterien** (BAG 8. 8. 02 – 8 AZR 583/01, NZA 03, 315; 28. 10. 84 – 8 AZR 391/03, NZA 05, 285). Es kommt darauf an, ob der ArbN dem Betriebsteil angehört. Die bloße Tätigkeit für einen Betriebsteil genügt nicht (BAG 11. 9. 97 – 8 AZR 555/95, NZA 98, 31; 24. 8. 06 – 8 AZR 556/05). Arbeitsunfähigkeit oder Erwerbsunfähigkeit im Zeitpunkt des Betriebsüb-

Betriebsübergang

ergangs sind dabei rechtlich ebenso unerheblich wie Erholungsurlaub des ArbN (BAG 21. 2. 06 – 3 AZR 216/05, AP Nr 58 zu § 16 BetrAVG; 2. 3. 06 – 8 AZR 147/05, NZA 06, 1105). Auch das rechtliche Schicksal des nach einem Betriebsteilübergang verbleibenden Restbetriebs des Veräußerers hat keinen Einfluss auf die Zuordnungsfrage (BAG 17. 6. 03 – 2 AZR 134/02, AP Nr 260 zu § 613 a BGB). Im Ergebnis werden damit hauptsächlich ArbN in sog Stabs-, Verwaltungs- oder Overheadfunktionen nicht von Betriebsteilübergängen erfasst (BAG 13. 11. 97 – 8 AZR 375/96, NZA 98, 249; Leiter Finanz- und Rechnungswesen; 21. 1. 99 – 8 AZR 298/98; Leiter Finanz- und Personalbuchhaltung; 17. 6. 03 – 2 AZR 134/02, AP Nr 260 zu § 613 a BGB; *Annuß* BB 98, 582).

Auch das **Schrifttum** geht überwiegend von einer objektiven Zuordnung aus und sieht bspw im überwiegenden Arbeitsort, im überwiegenden zeitlichen Arbeitsaufwand, in der Bedeutung einzelner Tätigkeiten für das Gesamtunternehmen, der Zahl der unterstellten ArbN sowie dem jeweils erzielten Umsatz aussagekräftige Kriterien (vgl *Kreitner* NZA 90, 429). Gleichzeitig werden für Konfliktfälle unterschiedliche Lösungsansätze angeboten. Diese reichen von einem Zuweisungsrecht des ArbGeb nach § 315 BGB bzw § 613 a BGB (*Bauer* DB 83, 1097; *Annuß* NZA 98, 70) über ein Wahlrecht des ArbN (*von Hoyningen-Huene/Windbichler* RdA 77, 329; *Bachner* AiB 96, 291; *APS/Steffan* § 613 a BGB Rz 82) bis hin zu einem im Zweifel anzunehmenden (*Seiter* Betriebsinhaberwechsel 1980 S 64) bzw abzulehnenden Betriebsübergang (*Wank/Brüning* ZfA 95, 699; *Moll* RdA 99, 233). Andere Autoren differenzieren nach sog arbeitsplatzvariablen Arbeitsverhältnissen und sog mittelbar übergangsbetroffenen ArbN (*Müller/Thüsing* ZIP 97, 1869) oder nach streitigen und einvernehmlichen Übergängen (*Geniges* RdA 96, 265).

Richtigerweise sollte auf die Rechtsgrundlage der Zuordnung abgestellt werden. Diese liegt ausschließlich in den arbeitsvertraglichen Vereinbarungen der Parteien und ist entweder als entsprechend konkrete Arbeitsplatzzuweisung festgeschrieben oder – wie in den meisten Fällen – aufgrund entsprechender Versetzungsklauseln offen gestaltet und damit dem nach billigem Ermessen auszuübenden **Direktionsrecht** des ArbGeb zugewiesen. Dieses hat der ArbGeb entweder durch die von ihm gestaltete Arbeitsorganisation bereits manifestiert, oder es ist von ihm ggf aus Anlass des Betriebsübergangs auszuüben (vgl im einzelnen *Kreitner* FS für *Küttner* 2006, S 399). Das gilt nicht zuletzt auch für die Zuordnung von ArbN, die dem Übergang ihres Arbeitsverhältnisses widersprochen haben (vgl BAG 13. 2. 03 – 8 AZR 102/02, BB 03, 1286; 25. 9. 03 – 8 AZR 446/02, AP Nr 256 zu § 613 a BGB). Auch andere Autoren heben das Erfordernis einer Zuordnungsentscheidung des ArbGeb hervor (*MüKo/Müller-Glöge* § 613 a BGB Rz 87; *DLW/Baeck/Haußmann* Teil C Rz 3335).

- 23 Ein Sonderproblem stellt die Zuordnung von **freigestellten Betriebsratsmitgliedern** dar. Das BAG knüpft auch in diesen Fällen an den Betrieb bzw Betriebsteil an, dem das BRatMitglied vor seiner Freistellung angehörte (BAG 18. 9. 97 – 2 ABR 15/97, NZA 98, 189; kein „freischwebendes“ BRatMitglied). Dem ist grds zuzustimmen. Bei langjährig freigestellten BRatMitgliedern kann es oftmals durch betriebliche Umorganisation während der Freistellungsphase zum ersatzlosen Wegfall des früheren Arbeitsplatzes und damit dem betrieblichen Anknüpfungspunkt für die Zuordnungsentscheidung kommen. Hier bedarf es einer neuen Zuordnungsentscheidung des ArbGeb. Abzulehnen ist demgegenüber die von *Natzel* (NZA 2000, 77) vertretene Zuordnung zum Gesamtbetrieb. Sie stellt letztlich ohne rechtliche Grundlage allein auf die betriebsverfassungsrechtliche Mandatsausübung ab und vernachlässigt den Fortbestand des individualrechtlichen Arbeitsverhältnisses.
- 24 § 323 Abs 2 UmwG ermöglicht in Fällen der **Verschmelzung, Spaltung** oder **Vermögensübertragung** die Zuordnung von ArbN zu bestimmten Betrieben oder Betriebsteilen durch namentliche Bezeichnung in einem *Interessenausgleich*. Diese von den Betriebspartnern vorgenommene Zuordnung kann nach dem Gesetzeswortlaut durch das ArbG nur auf „grobe Fehlerhaftigkeit“ überprüft werden. Der Gesetzgeber hat sich insoweit an der neuen Insolvenzordnung orientiert (vgl weiterführend *Neye* ZIP 94, 917; *Bauer/Lingemann* NZA 94, 1057), die im Rahmen der gerichtlichen Überprüfung der Sozialauswahl ebenfalls den Kontrollmaßstab der „groben Fehlerhaftigkeit“ vorgibt. Es existiert mithin ein Spannungsverhältnis zwischen der uneingeschränkten Rechtskontrolle nach § 613 a BGB und der deutlich eingeschränkten Kontrollmöglichkeit des § 323 Abs 2 UmwG. Als lex specialis ist § 613 a BGB insoweit vorrangig (Näheres s *Umwandlung* Rz 14).
- 25 **4. Rechtsgeschäft.** Gem § 613 a Abs 1 Satz 1 BGB führt nur ein rechtsgeschäftlicher Betriebsübergang zum Eintritt des Erwerbers kraft Gesetzes in die bestehenden Arbeitsverhältnisse. Daher scheidet eine Anwendung des § 613 a BGB auf die **öffentlich-rechtliche Funktionsnachfolge** aus, denn diese beruht idR auf Rechtsnormen und nicht auf einem Rechtsgeschäft (BAG 19. 1. 2000 – 4 AZR 752/98, NZA 2000, 1170; 23. 2. 2000 – 7 AZR 891/98, NZA 2000, 894; 25. 1. 01 – 8 AZR 336/00, NZA 01, 840; 8. 5. 01 – 9 AZR 95/00, NZA 01, 1200; jedoch BAG 7. 9. 95, NZA 96, 424; öffentlich-rechtliche Verwaltungsvereinbarung genügt; vgl auch EuGH 15. 10. 96, BB 97, 1742 sowie *Resch* ArbuR 2000, 87). Auch der Übergang eines Notariats geschieht durch einen Verwaltungsakt der Landesjustizverwaltung und damit hoheitlich (BAG 26. 8. 99 – 8 AZR 827/98, NZA 2000, 371). Entscheidend ist, ob wesentliche Betriebsmittel aufgrund vertraglicher Vereinbarungen oder aufgrund eines hoheitlichen Aktes genutzt werden (BAG 13. 6. 06 – 8 AZR 271/05, NZA 06, 1101). Eine analoge Anwendung der §§ 128 ff BRRG hat das BAG abgelehnt (BAG 16. 3. 94, NZA 95, 783). Hinsichtlich der Überführung einer Rundfunkeinrichtung hat demgegenüber das LAG Thür (16. 3. 95 – 1 Sa 1866/93 –) einen Übergang der Arbeitsverhältnisse gestützt auf die Regelungen im EV bejaht.
- 26 Das Rechtsgeschäft, das dem Betriebsübergang zugrunde liegen muss, ist der einverständliche **Wechsel der Inhaberschaft**. Daher scheidet ein Betriebsübergang mangels rechtsgeschäftlicher Übertragung immer dann aus, wenn der Wechsel in der Person des Betriebsinhabers nicht auf eine Willensäußerung des bisherigen Betriebsinhabers zurückzuführen ist, wie bspw im Fall der Betriebsbesetzung (*Willemsen* ZIP 86, 477). Typische Beispiele für Rechtsgeschäfte sind: Kauf-, Pacht-, Nießbrauchs- oder Schenkungsverträge, Vermächnisse sowie Regelungen im Rahmen von Gesellschaftsverträgen, so etwa, wenn ein Betrieb oder Betriebsteil in eine neu gegründete Auffängesellschaft eingebracht wird (BAG 25. 6. 85, DB 85, 2459).
- 27 Nicht erforderlich ist, dass lediglich in einem Rechtsgeschäft der Betriebsübergang festgelegt wird. Der Inhaberwechsel kann sich vielmehr auch aus einem **Bündel von Rechtsgeschäften mit mehreren Dritten** ergeben (BAG 22. 5. 85, DB 85, 2407; 18. 2. 99 – 8 AZR 485/97, NZA 99, 648; LAG SchlHol 5. 7. 01 – 1 (4) Sa 430/00, NZA-RR 02, 70;

LAG Köln 8. 3. 04 – 4 Sa 1115/03, NZA-RR 04, 464) soweit mit diesen der Übergang eines funktionsfähigen Betriebes bzw Betriebsteils bezweckt wird (*Backhaus* DB 85, 1131; *Schiefer* NZA 98, 1095). § 613 a BGB verlangt weiterhin nicht das Vorliegen eines zweiseitigen Rechtsgeschäfts, eine vom bisherigen Betriebsinhaber erteilte Ermächtigung zur Fortführung des Betriebes reicht aus (ArbG Köln 29. 7. 76, DB 76, 2021; aA LAG Hamm 10. 1. 75, DB 75, 604). Erst recht muss sich das Rechtsgeschäft nicht auf die Übernahme der Arbeitsverhältnisse beziehen (LAG Thür 14. 11. 2000 – 5 Sa 55/99, NZA-RR 01, 122).

Nach einem Urt des BAG 6. 2. 85 (DB 85, 2411) führt die **Unwirksamkeit des Rechtsgeschäfts** nicht zum 28 Ausschluss der Rechtsfolgen des § 613 a BGB (bestätigt durch BAG 30. 6. 94, NZA 95, 173). Auch ein nichtiges Rechtsgeschäft eines Geschäftsunfähigen soll danach die Voraussetzungen des § 613 a BGB erfüllen. Wegen der überragenden Bedeutung, die ansonsten durch die Rechtsordnung dem Schutz des Geschäftsunfähigen gewährt wird erscheint diese Rspr bedenklich (kritisch ebenfalls *Schröder* NZA 86, 206; *Staudinger/Richardi/Annuß* § 613 a Rz 94). Zum richtigen Ergebnis führt diese Rspr demgegenüber im Fall der Anfechtung eines Unternehmenskaufvertrages. Für das Vorliegen eines Betriebsübergangs kommt es insoweit allein auf die tatsächliche Fortführung der übernommenen wirtschaftlichen Einheit an (LAG Köln 7. 12. 01 – 11 Sa 867/01, NZA-RR 02, 514; LAG Bbg 22. 7. 99 – 8 Sa 102/99, BB 2000, 936 [LS]). Daher ist auch ein vereinbartes Rücktrittsrecht des Betriebserwerbes für die Beurteilung des Betriebsübergangs unbeachtlich (BAG 15. 12. 05 – 8 AZR 202/05, NZA 06, 597).

Im Schrifttum wird unter Berufung auf das Fehlen eines Rechtsgeschäfts die **Anwendbarkeit des § 613 a BGB im 29 Rahmen der Zwangsvollstreckung** generell verneint (*Mohrbutter* NZA 85, 105). Richtigerweise ist die Rechtslage wie folgt zu beurteilen: Bei der **Zwangsvorsteigerung** eines Betriebsgrundstücks (zB Hotelgrundstück) erfolgt der Übergang durch staatlichen Hoheitsakt, § 90 Abs 1 ZVG. Der den Zuschlag erhaltende Ersteher erwirbt somit nicht auf rechtsgeschäftliche Weise. Damit ist jedoch noch nichts über die Arbeitsverhältnisse gesagt, da sich die Zwangsversteigerung ausschließlich auf das Grundstück und die gem §§ 90 Abs 2, 55 Abs 1, 20 Abs 2 ZVG, 1120, 97 Abs 1 BGB miterfassten Gegenstände erstreckt.

Hier ist zu differenzieren: Nutzt der neue Inhaber lediglich die im Wege der Zwangsvollstreckung erworbenen 30 Gegenstände, um damit einen ähnlichen, eigenen Betrieb führen zu können, so fehlt es am Übergang eines funktionsfähigen Betriebes; § 613 a BGB ist nicht anwendbar. Will der Ersteher jedoch darüber hinaus auch das know-how des ehemaligen Betriebes oder andere immaterielle Betriebsmittel nutzen, so ist ein Betriebsübergang iSd § 613 a BGB gegeben, da dann rechtsgeschäftliche Vereinbarungen hinsichtlich dieser wesentlichen Betriebsmittel vorliegen (BAG 14. 10. 82, DB 84, 1306). Gleiches gilt für die **Zwangsvorverwaltung**. Auch hier erwirbt der Zwangsverwalter im Wege der Beschlagnahme, also nicht durch Rechtsgeschäft. Obwohl der Zwangsverwalter grds nur die Verfügungsbefugnis über das Betriebsgrundstück erhält, kann er berechtigt sein, einen grundstücksbezogenen Gewerbebetrieb fortzuführen (BGH 14. 4. 05 – V ZB 16/05, NJW-RR 05, 1175; Hotel mit Restaurants). Hierfür bedarf er grds der rechtsgeschäftlichen Mitwirkung des Schuldners (LAG Köln 11. 5. 99 – 10 Sa 14/99, NZA 2000, 36; im Einzelfall wohl weitergehend BGH aaO).

5. Unterrichtungspflicht des Arbeitgebers. Gem dem zum 1. 4. 02 neu in das Gesetz aufgenommenen § 613 a 31 Abs 5 BGB ist der ArbGeb unabhängig von der Betriebsgröße und unabhängig von dem Vorhandensein eines BRat verpflichtet, die von einem Übergang betroffenen ArbN zu informieren, um ihnen eine ausreichende Wissensgrundlage für die Ausübung des Widerspruchsrechts zu verschaffen (grundlegend *Grau* Unterrichtung und Widerspruchsrecht der ArbN bei Betriebsübergang 2005; *Kania/Joppich* FS für *Küttner* 2006 S 383 ff; *Willemsen* FS für *Küttner* 2006 S 417 ff). Gemeint sind damit nur die ArbN des Veräußerers im übergehenden Betrieb bzw Betriebsteil (*Jaeger* ZIP 04, 433; *Franzen* RdA 02, 258). Diese haben einen einklagbaren Auskunftsanspruch, der bei unterbliebener oder fehlerhafter Information Schadensersatzansprüche verursachen kann (*Diwuell* FA Arbeitsrecht 02, 107; *Willemsen/Lembke* NJW 02, 1159; *Grau* RdA 05, 367; *Hauck* NZA 04 Beilage 1, 43; aA *Grobys* BB 02, 726; *Bauer/von Steinau-Steinrück* NZA 03 Beilage S 72; *Riesenhuber* RdA 04, 340, die wie früher nur eine Obliegenheit des ArbGeb annehmen). Für die Information ist **Textform** gem § 126 b BGB vorgeschrieben, so dass zwar keine unterschriebene Erklärung erforderlich ist, gleichwohl aber die Person des Erklärenden durch eine Nachbildung der Unterschrift oder auf andere Weise als Abschluss der Erklärung erkennbar sein muss. Ermöglicht wird damit insbesondere eine Unterrichtung der ArbN per E-Mail oder Intranet bzw Kopie oder Telefax. Informations- und Dokumentationsfunktion stehen im Vordergrund, Beweis- und Warnfunktion treten zurück (*Diwuell* FA Arbeitsrecht 02, 107). Die mündliche Information zB in einer Betriebsversammlung reicht daher nicht aus. Der ArbGeb muss sicherstellen, dass **jeder** von dem Betriebsübergang betroffene **Arbeitnehmer** von der Information Kenntnis erlangt. Dies kann unter Verwendung von Standardschreiben geschehen, sofern sichergestellt ist, dass etwaige Besonderheiten einzelner Arbeitsverhältnisse erfasst sind (BAG 13. 7. 06 – 8 AZR 305/05, NZA 06, 1268). Eine individuelle Rechtsberatung wird vom Gesetz nicht verlangt (BAG 9. 2. 06 – 6 AZR 281/05). Jedenfalls empfiehlt sich aus Beweisgründen ein Informationsschreiben in Papierform (möglichst gegen Empfangsquittung). Eine Information des BRat genügt den gesetzlichen Anforderungen nicht, kann aber über § 242 BGB bei nachgewiesener Weitergabe der Information an die ArbN erheblich sein (*Hauck* AuA 04, 14).

Die Unterrichtungspflicht trifft gleichermaßen den **Veräußerer** und den **Erwerber** als Gesamtschuldner. Da die Unterrichtung vor dem Betriebsübergang stattfinden soll, wird sie im Regelfall durch den Betriebsveräußerer erfolgen. Sofern beide ArbGeb informieren, sollte dies gemeinsam geschehen, um inhomogene Informationen und daraus resultierende Schadensatzrisiken zu vermeiden. Maßgeblich ist der **Kenntnisstand** im Zeitpunkt der Unterrichtung (BAG 13. 7. 06 – 8 AZR 303/05, NZA 06, 1273). Beide ArbGeb sind für die Erfüllung der Unterrichtungspflicht **darlegungs- und beweispflichtig**. Ebenso wie bei § 102 BetrVG gilt dabei eine abgestufte Darlegungslast, wonach seitens des ArbN näher dargelegte Einwände vom ArbGeb mit entsprechenden Darlegungen und Beweisanträgen zu entkräften sind (BAG 13. 7. 06 – 8 AZR 305/05, NZA 06, 1268).

Der erforderliche **Mindestinhalt der Unterrichtung** ist in § 613 a Abs 5 BGB in einem 4-Punkte-Katalog nur 32 ungenau geregelt. Verlangt wird in **Nr 1** der (geplante) Zeitpunkt des Übergangs. Dies dürfte in der Praxis keine

Betriebsübergang

Schwierigkeiten bereiten, da zwar eine möglichst genaue, aber ungefähre Zeitangabe ausreicht. Nach **Nr 2** ist über den Übergangsgrund zu informieren. Dies wird allgemein dahingehend verstanden, dass eine für die ArbN verständlich formulierte Information über den Rechtsgrund der Übertragung (Verkauf, Umwandlung oä) erfolgen muss. Es geht um eine schlagwortartige Schilderung derjenigen unternehmerischen Gründe für den Betriebsübergang, die sich im Falle des Widerspruchs auf den Arbeitsplatz auswirken können (BAG 13. 7. 06 – 8 AZR 305/05, NZA 06, 1268; enger *ErfK/Preis* § 613 a BGB Rz 85). **Nr 3** verpflichtet die ArbGeb weitergehend zu einer Unterrichtung über die rechtlichen, wirtschaftlichen und sozialen Folgen des Übergangs für die ArbN. Dies stellt letztlich eine Umschreibung der in § 613 a Abs 1 bis 4 und 6 BGB geregelten Rechtslage dar. Auch insoweit wird man eine verständliche Information über die **unmittelbaren Auswirkungen** des Betriebsübergangs auf die Arbeitsverhältnisse der betroffenen ArbN verlangen müssen. Sicherlich nicht ausreichend ist dabei die bloße Wiedergabe des Gesetzeswortlauts. Gleichermaßen unzweifelhaft zu weitgehend ist auf der anderen Seite eine individuelle, rechtsverbindliche objektive Rechtsberatung der ArbN. Enthalten sollte die Information aber jedenfalls erläuternde Hinweise auf den grds unveränderten Übergang der Arbeitsverträge auf den Erwerber, den kollektivrechtlichen Fortbestand oder die Transformation bisher geltender kollektivrechtlicher Regelungen, die Haftungsregelung in § 613 a Abs 2 BGB sowie den besonderen Kündigungsschutz nach § 613 a Abs 4 Satz 1 BGB und die daneben nach § 613 a Abs 4 Satz 2 BGB fortbestehenden Kündigungsmöglichkeiten (vgl zuletzt BAG 14. 12. 06 – 8 AZR 763/05, Pressemitteilung Nr 81/06). In diesem Zusammenhang ist immer über das Widerspruchsrecht nach § 613 a Abs 6 BGB und mögliche Rechtsfolgen einer Ausübung dieses Rechts zu unterrichten (*Bauer/von Steinau-Steinrück* ZIP 02, 457; enger *Schnitker/Grau* BB 05, 2238). Zu den wirtschaftlichen und sozialen Folgen zählen des weiteren Informationen über das Vorhandensein eines BRat beim Erwerber, bestehende Tarifbindung, Größenangaben der Belegschaft zu maßgeblichen Schwellenwerten, Kenntnis über laufende oder konkret bevorstehende Insolvenzverfahren beim Erwerber (*Wörzalla* NZA 02, 353; enger *Jaeger* ZIP 04, 433). Allgemein sind Informationen bezüglich der wirtschaftlichen Situation des Erwerbers jedenfalls immer dann erforderlich, wenn eine konkrete Gefährdung der übergehenden Arbeitsplätze droht (*Kania/Joppich* FS für Küttner S 393). Außerdem kann über **mittelbare Folgen** im Falle eines Widerspruchs zu informieren sein. Das gilt zB für einen im Fall der betriebsbedingten Kündigung nach Ausübung des Widerspruchs beim Veräußerer zum Tragen kommenden Sozialplan (BAG 13. 7. 06 – 8 AZR 303/05, NZA 06, 1273). In engem Zusammenhang hiermit steht die in **Nr 4** geforderte Unterrichtung über die hinsichtlich der ArbN in Aussicht genommenen Maßnahmen. Die Gesetzesbegründung spricht insoweit beispielhaft von Weiterbildungsmaßnahmen im Zusammenhang mit geplanten Produktionsumstellungen oder Umstrukturierungen und andere Maßnahmen, die die berufliche Entwicklung des ArbN betreffen. Gleichermaßen dürften hierunter auch sonstige unternehmerische Maßnahmen fallen, die nicht unmittelbar mit dem Betriebsübergang zusammenhängen, die übergehenden Arbeitsverhältnisse aber betreffen, wie zB eine bereits vor einem eingliedernden Betriebsteilübergang geplante Fremdvergabe bestimmter Tätigkeiten (*Adam* ArbuR 03, 441; aA *Bauer/von Steinau-Steinrück* ZIP 02, 457). Dabei kann auch auf etwa bereits vorhandene Sozialpläne Bezug genommen werden (*Gaul/Otto* DB 02, 634). Da es nur um „in Aussicht genommene“ Maßnahmen geht, müssen diese sich in einem konkreten Planungsstadium befinden (*Meyer* BB 03, 1010; *Schnitker/Grau* BB 05, 2238).

- 33** Zum **Unterrichtungszeitpunkt** enthält das Gesetz keine Regelung. Wie sich aus dem Zusammenhang mit § 613 a Abs 6 BGB ergibt, sollte die Unterrichtung aber mindestens einen Monat vor dem geplanten Betriebsübergang erfolgen, um Klarheit über den Kreis der widersprechenden ArbN zu haben (zutreffend *Willemsen/Lembke* NJW 02, 1159). Eine deutlich frühere Unterrichtung zwingt einerseits die ArbN zu einer frühzeitigen Entscheidung über die Ausübung ihres Widerspruchsrechts und schafft damit frühe Planungssicherheit für den ArbGeb, birgt aber andererseits die Gefahr von erheblichen Veränderungen der Verkaufsmodalitäten und erhöht damit für den ArbGeb das Risiko einer insgesamt fehlerhaften Unterrichtung. Letzteres gilt aber nur bei derart grundlegenden Veränderungen wie zB der Veräußerung an einen anderen Erwerber, die einen neuen Betriebsübergang begründen, da die ursprüngliche gesetzliche Unterrichtungspflicht mit der ersten, dem seinerzeitigen Kenntnisstand entsprechenden Information nach § 362 Abs 1 BGB erfüllt worden ist (BAG 13. 7. 06 – 8 AZR 303/05, NZA 06, 1273).
- 34** Auch die **Rechtsfolgen** einer unterbliebenen oder fehlerhaften Unterrichtung sind im Gesetz nur unvollständig geregelt. Die RsprGrundsätze zur subjektiven Determinierung im Rahmen der BRatAnhörung nach § 102 BetrVG können insoweit nicht herangezogen werden, da es hier nicht um die Kündigungserklärung des ArbGeb, sondern um die Ausübung des Widerspruchsrechts durch den ArbN geht (aA *Pröpper* DB 03, 2011). § 613 a Abs 6 BGB schreibt lediglich vor, dass die einmonatige Widerspruchsfrist für die betroffenen ArbN erst nach Zugang der Unterrichtung beginnt. Darüber hinaus können Mängel bei der Unterrichtung Schadensersatzpflichten sowohl des bisherigen als auch des neuen ArbGeb auslösen (BAG 13. 7. 06 – 8 AZR 382/05, NZA 06, 1406; *Franzen* RdA 02, 258; *Gaul/Otto* DB 02, 634; *Hauck* NZA 04 Beilage 1, 43; *Jaeger* ZIP 04, 433). Allerdings muss sich der Schaden gerade auf die uninformierte Widerspruchsentscheidung gründen (*Grau* RdA 05, 367). Ein Kündigungsverbot ist § 613 a Abs 5 BGB nicht zu entnehmen (BAG 24. 5. 05 – 8 AZR 398/04, NZA 05, 1302). Dabei sind ähnlich wie bei der Anhörung des BRat zu Kündigungen gem § 102 Abs 1 Satz 3 BetrVG auch hier gänzlich unterbliebene und erheblich fehlerhafte Unterrichtungen bezüglich ihrer Rechtsfolgen gleich zu behandeln. Nur die form- und fristgerecht erfolgte sowie inhaltlich zutreffende und iSv § 613 a Abs 5 BGB vollständige Unterrichtung setzt die Monatsfrist für die Ausübung des Widerspruchsrechts in Gang (BAG 13. 7. 06 – 8 AZR 303/05, NZA 06, 1273; 13. 7. 06 – 8 AZR 305/05, NZA 06, 1268; aA *Willemsen* FS für Küttner 2006, S 417: „Subjektive Determination“).
- 35** **6. Widerspruchsrecht.** Das bisher nur richterrechtlich geregelte Widerspruchsrecht ist nunmehr seit dem 1. 4. 02 in § 613 a Abs 6 BGB kodifiziert (Einzelheiten zur früheren Rechtslage in der Voraufflage Personalbuch 2002 Betriebsübergang Rz 30 ff). Entsprechend der Klarstellung in § 324 UmwG gilt es gleichermaßen auch für Unternehmensumwandlungen. Nicht anwendbar ist § 613 a Abs 6 BGB auf Fälle eines gesetzlich angeordneten und nicht rechtsgeschäftlich erfolgenden Betriebsübergangs (BAG 2. 3. 06 – 8 AZR 124/05, NZA 06, 848).

Unverändert geblieben ist zunächst die rechtsdogmatische Einordnung des Widerspruchsrechts. Es ist ein **Gestaltungsrecht** des ArbN, das durch eine einseitige, empfangsbedürftige Willenserklärung **ausgeübt** wird (BAG 13. 7. 06 – 8 AZR 382/05, NZA 06, 1406). Als solches ist es grds bedingungsfeindlich und kann nur unbedingt erklärt werden. Die Abhängigkeit von einer zulässigen Rechtsbedingung (Widerspruch für den Fall eines Betriebsübergangs) ist demgegenüber unproblematisch (BAG 13. 7. 06 – 8 AZR 382/05, NZA 06, 1406). Ein einseitiger **Widerruf** ist nicht möglich (BAG 30. 10. 03 – 8 AZR 491/02, NZA 04, 481). Eine Beseitigung des erklärten Widerspruchs kann nur durch dreiseitige Vereinbarung zwischen ArbN, Veräußerer und Erwerber erfolgen (LAG Hamm 15. 1. 04 – 16 Sa 391/03). Arbeitet ein ArbN trotz erklärten Widerspruchs mehrere Monate vorbehaltlos beim Betriebserber, kann er sich auf den Fortbestand des Arbeitsverhältnisses gegenüber dem Veräußerer nicht mehr berufen. Mit dem Erwerber ist vielmehr ein neues Arbeitsverhältnis entstanden (LAG SchlHol 30. 10. 02 – 5 Sa 206 c/02, AuA 03, 48; *Schnitker/Grau* EWIR 03, 355). Anders als bisher unterliegt der Widerspruch nunmehr der **Schriftform** und kann nicht mehr konkludent durch bloße Weiterarbeit bei dem Betriebsveräußerer ausgeübt werden. Auch die einfache Vergütungsklage gegen den Veräußerer stellt keinen Widerspruch dar, allerdings kann weitergehender schriftsätzlicher Prozessvertrag als Widerspruch gem §§ 133, 157 BGB auszulegen sein (BAG 13. 7. 06 – 8 AZR 382/05, NZA 06, 1406). Möglicher **Adressat des Widerspruchs** ist sowohl der bisherige als auch der neue ArbGeb. Das gilt unabhängig davon, welcher ArbGeb die Unterrichtung vorgenommen hat und ob der Widerspruch vor oder nach dem Betriebsübergang erfolgt. Im letztgenannten Fall wirkt er auf den Zeitpunkt des Betriebsübergangs zurück (BAG 22. 4. 93 – 2 AZR 50/92, NZA 94, 360; 13. 7. 06 – 8 AZR 305/05, NZA 06, 1268; aA *Rieble* NZA 04, 1). Die Abwicklung der bereits geleisteten Arbeit erfolgt nach den Grundsätzen des faktischen Arbeitsverhältnisses (LAG Köln 11. 6. 04 – 12 Sa 374/04, LAGE § 613 a BGB 2002 Nr 5).

Der Widerspruch bedarf keiner **Begründung**. Der Widerspruchgrund kann aber nach bisheriger Rspr des BAG im Rahmen der Sozialauswahl bei einer betriebsbedingten Kündigung des widersprechenden ArbN durch den Betriebsveräußerer entscheidende Bedeutung erlangen. Die grundlose Aufgabe eines Arbeitsplatzes beim Betriebserber führt beim widersprechenden ArbN zu einem Malus in der Sozialauswahl, dessen Gewicht im Einzelfall vom Unterschied in der sozialen Schutzwürdigkeit der vergleichbaren ArbN abhängt (BAG 7. 4. 93 – 2 AZR 449/91, NZA 93, 795; 24. 2. 2000 – 8 AZR 167/99, NZA 2000, 764; 25. 4. 02 – 2 AZR 260/01, NZA 03, 605; 22. 4. 04 – 2 AZR 243/03; aA *Lipinski* DB 02, 1214: keine Sozialauswahl für widersprechende ArbN; *Fischer* ArbuR 02, 291: uneingeschränkte Sozialauswahl). Das BAG hat insoweit auf Rechtsmissbrauchsüberlegungen abgestellt; im Schrifttum sind auch andere dogmatische Begründungen vertreten worden (ErfK/*Preis* § 613 a BGB Rz 104; *Schlachter* NZA 95, 705; APS/*Kiel* § 1 KSchG Rz 671; *Oetker* DZWIR 93, 136).

An dieser Rspr ist im Ergebnis auch nach der **Neuregelung der Sozialauswahlkriterien zum 1. 1. 2004** festzuhalten (*Helml* AiB 06, 350; aA *Fischer* FA Arbeitsrecht 04, 230; *Gaul* NZA 05, 730; *Löw* ArbuR 06, 224). Die enumerative Aufzählung der Sozialauswahlkriterien in § 1 Abs 3 Satz 1 KSchG schließt eine Berücksichtigung der Widerspruchsgründe bei der Auswahl des zu kündigenden ArbN nicht aus, denn der ausgeübte Widerspruch stellt gerade keinen sozialen Gesichtspunkt iSd § 1 Abs 3 KSchG dar. Es ist vielmehr eine Frage allgemeiner Verteilungsgerechtigkeit, dass bei geringen Unterschieden in der sozialen Schutzwürdigkeit, die grundlose Aufgabe eines anderweitigen Arbeitsplatzes Berücksichtigung finden muss. Allerdings erscheint es dogmatisch überzeugender, zur Begründung auf eine durch den Schutzgedanken des § 613 a BGB geprägte teleologische Reduktion des § 1 Abs 3 KSchG zurückzugreifen (vgl APS/*Kiel* § 1 KSchG Rz 671 mwN; aA *Lunk/Möller* NZA 04, 9; Berücksichtigung über § 1 Abs 3 Satz 2 KSchG; *Katins* FA Arbeitsrecht 05, 336: verfassungskonforme Auslegung).

Die **Gewichtung der Widerspruchsgründe** kann nur einzelfallbezogen erfolgen. So hat das LAG Hamm den ansonsten erfolgenden Übergang des Arbeitsverhältnisses von einem mittelständischen Unternehmen zu einem nicht sozialplanpflichtigen Kleinbetrieb zu Recht als sachlichen Grund anerkannt (LAG Hamm 21. 6. 94, NZA 95, 471; 19. 7. 94, DB 94, 2242; ebenso LAG Bln 26. 5. 97 – 9 Sa 19/97, NZA-RR 98, 63; *Bachner* AiB 96, 291; *Trittin* AiB 97, 146). Das Gleiche gilt, wenn der Betriebserber entgegen dem gesetzlichen Gebot des § 613 a BGB nur ein Arbeitsverhältnis zu schlechteren Konditionen anbietet. Der ArbN kann zur Vermeidung des Widerspruchs nicht auf den Klageweg gegenüber seinem neuen ArbGeb verwiesen werden (LAG RhPf 26. 6. 98 – 3 Sa 159/98, ArbuR 99, 109). Im Regelfall nicht ausreichen dürfte allerdings die Geltung eines ungünstigeren Tarifvertrages beim Erwerber (BAG 5. 2. 97 – 10 AZR 553/96, NZA 98, 158). Anders kann dies wiederum beim Ausscheiden aus dem öffentlichen Dienst und konkreter Gefahr einer Vergütungsminde rung sein (LAG Sachs 19. 7. 01 – 8 Sa 959/00, NZA-RR 02, 79). Zum Sonderfall des widersprechenden BRatMitglieds s unten Rz 54.

Ebenfalls negative Berücksichtigung kann ein grundloser Widerspruch bei der **Auslegung eines Sozialplans** finden. Schließt der Sozialplan Leistungen bei Ablehnung eines zumutbaren Arbeitsplatzes aus, so gilt dies gleichermaßen für den auf den Erwerber übergegangenen Arbeitsplatz. Dieser ist idR zumutbar (BAG 5. 2. 97 – 10 AZR 553/96, NZA 98, 158; ähnlich BAG 19. 2. 98 – 6 AZR 367/96, NZA 98, 1239 für einen Rationalisierungsschutztarifvertrag). Ohne derartige Bestimmungen ist ein widersprechender ArbN generell nicht von den Sozialplanleistungen ausgeschlossen (BAG 15. 12. 98 – 1 AZR 332/98, NZA 99, 667; aA LAG Bln 15. 5. 95, NZA-RR 96, 132).

Der Widerspruch ist fristgebunden. An Stelle der früheren richterrechtlich festgelegten Frist von 3 Wochen gilt nunmehr nach erfolgtem Zugang der Unterrichtung gem § 613 a Abs 5 BGB eine **Monatsfrist**, binnen der der Widerspruch beim Adressaten eingegangen sein muss. Diese Frist ist zwingend und kann nicht einseitig vom ArbGeb verkürzt werden (*Gaul/Otto* DB 02, 634). Die Monatsfrist gilt auch dann, wenn die Unterrichtung fehlerhafterweise erst nach dem Betriebsübergang erfolgt (*Hauck* NZA 04 Beilage 1, 43). Da sie aber erst durch eine ordnungsgemäße Unterrichtung in Gang gesetzt wird, ist auf die Unterrichtung besondere Sorgfalt zu verwenden. Eine absolute zeitlich Obergrenze existiert nicht. Die teilweise im Schrifttum vertretene Auffassung, in entsprechender Anwendung zu § 5 Abs 3 KSchG eine sechsmonatige Ausschlussfrist zugrunde zu legen (*Wörzalla* NZA 02, 353; *Bauer/von Steinau-Steinrück* NZA 03 Beilage S 72) scheidet am gegenteiligen Willen des Gesetzgebers, der entsprechende Vorschläge im Gesetzgebungsverfahren bewusst nicht aufgegriffen hat. In extremen Fällen bleiben allein die Rechtsinstitute des Rechtsmissbrauchs und der **Verwirkung** (BAG 13. 7. 06 – 8 AZR 382/05, NZA 06, 1406; *Hauck* NZA 04 Beilage 1, 43; *Olbertz/Ungnad* BB 04,

Betriebsübergang

213; *Willemsen/Lembke* NJW 02, 1159). Da die Unterrichtung tatbestandliche Voraussetzung für den Fristbeginn ist, bleibt jegliche anderweitige Kenntnis der ArbN ohne Relevanz (*Gaul/Otto* DB 02, 634). Auch für einen durch Medien oder Gewerkschaften oder sonstige berufliche Spezialkenntnisse gut informierten ArbN beginnt die Widerspruchsfrist erst mit Zugang der Unterrichtung seitens des ArbGeb.

- 40 Wie bisher scheidet auf Grund des zwingenden Charakters des § 613 a BGB als ArbNSchutzvorschrift ein allgemeiner, im Voraus erfolgender **Verzicht** auf das Widerspruchsrecht aus. Dies gilt sowohl für eine entsprechende arbeitsvertragliche Regelung wie auch für Betriebsvereinbarungen oder Tarifverträge (*Gaul/Otto* DB 02, 634; *Olbertz/Ungnad* BB 04, 213; aA *Pröpper* DB 2000, 2322). Zulässig bleibt demgegenüber der aus Anlass eines konkreten Betriebsübergangs erklärte Verzicht (BAG 19. 3. 98 – 8 AZR 139/97, NZA 98, 750; 30. 10. 03 – 8 AZR 491/02, NZA 04, 481). Dieser muss jedoch in entsprechender Anwendung des § 613 a Abs 6 BGB ebenfalls schriftlich erfolgen (*Gaul/Otto* DB 02, 634; aA *Grobys* BB 02, 726). Als Ausgleich erhalten die ArbN vom bisherigen ArbGeb oftmals zeitlich befristete Rückkehrzusagen (vgl dazu *Rieble* NZA 02, 706). Unabhängig von einer solchen Vereinbarung kann die Berufung des ArbN auf sein gesetzliches Widerspruchsrecht allenfalls bei einer rechtsmissbräuchlichen Ausübung **ausgeschlossen** sein. Das kann der Fall sein, wenn das Widerspruchsrecht durch mehrere ArbN als kollektives Druckmittel eingesetzt wird, um auf diese Weise besondere Vergünstigungen zu erhalten. Wird er dagegen nur als Mittel zur Vermeidung des ArbGebWechsels eingesetzt, ist auch der kollektive Widerspruch wirksam (BAG 30. 9. 04 – 8 AZR 462/03, NZA 05, 44; vgl dazu auch *Rieble* NZA 05, 1; *Melot de Beauregard* BB 05, 826).
- 41 **Rechtsfolge** des erklärten Widerspruchs ist, dass das Arbeitsverhältnis des widersprechenden ArbN **nicht** auf den Betriebserwerber **übergeht**, sondern er weiterhin ArbN des Betriebs- bzw Betriebsteilveräußerers bleibt. Der widersprechende ArbN geht damit das Risiko einer **betriebsbedingten Kündigung** durch den bisherigen ArbGeb ein, sofern dieser nicht über eine anderweitige Beschäftigungsmöglichkeit verfügt (BAG 18. 3. 99 – 8 AZR 190/98, NZA 99, 870; 12. 8. 99 – 2 AZR 748/98, NZA 99, 1267; 24. 2. 2000 – 8 AZR 167/99, NZA 2000, 764). Letzteres ist lediglich dann der Fall, wenn entweder nur einer von mehreren Betriebsteilen oder einer von mehreren Betrieben veräußert worden ist. Als freie Stellen sind dabei auch solche Arbeitsplätze zu berücksichtigen, die im Vorfeld des Betriebsübergangs zu besetzen sind. Der ArbGeb darf diese nicht kurz vor dem Betriebsübergang anderweitig besetzen, um so den sozial schwächeren, widersprechenden ArbN kündigen zu können (§ 162 BGB; BAG 25. 4. 02 – 2 AZR 260/01, NZA 03, 605). Dies sollte jedenfalls für die Zeit zwischen der Unterrichtung nach § 613 a Abs 5 BGB und dem Ablauf der Frist des § 613 a Abs 6 Satz 1 BGB gelten (BAG 15. 8. 02 – 2 AZR 159/01, NZA 03, 430; aA *Pomberg* DB 03, 2177). Ist der widersprechende ArbN zB aufgrund eines Tarifvertrags ordentlich unkündbar, muss der Veräußerer ggf sogar einen vergleichbaren Arbeitsplatz freimachen, der mit einem ArbN ohne tariflichen Sonderkündigungsschutz besetzt ist (BAG 17. 9. 98 – 2 AZR 419/97, DB 99, 154). Ob dabei der Widerspruch zu berücksichtigen ist, ist streitig (s oben Rz 34). Außerdem kann die unterlassene Tätigkeit beim Erwerber während der Kündigungsfrist gem § 615 Satz 2 BGB als böswilliges Unterlassen Annahmeverzugsansprüche mindern bzw ausschließen (BAG 19. 8. 98 – 8 AZR 139/97, NZA 98, 750). Ist der ArbN nach der Kündigung arbeitslos, greift regelmäßig der **Sperrzeitatbestand des § 144 Abs 1 Nr 1 SGB III** bezüglich des ALGeld ein.
- 42 Durch den Widerspruch kann sich die Frage nach der **Anhörung** des richtigen **Betriebsrats** für die beabsichtigte Kündigung stellen. Ist der einzige vorhandene Betrieb veräußert worden, kommt das gem § 21 b BetrVG bestehende Restmandat des ehemaligen BRat zum Tragen. Dieser ist gem § 102 BetrVG zu beteiligen. Ist einer von mehreren Betrieben veräußert worden, so kommt es darauf an, welchem verbliebenen Betrieb der widersprechende ArbN zuzuordnen ist, und ob in diesem Betrieb ein BRat vorhanden ist. Dieser ist dann zu beteiligen. Ist dies nicht der Fall, oder kann eine Zuordnung des ArbN nicht erfolgen, scheidet eine BRatBeteiligung aus. Das Restmandat des ehemaligen BRat greift nach seinem Normzweck gem § 21 b BetrVG nicht ein. Es entsteht keine Mitbestimmungslücke, sondern der widersprechende ArbN ist lediglich einem vorhandenen, betriebsratslosen Betrieb zuzuordnen. Schließlich gibt es auch keine „Auffangzuständigkeit“ eines möglicherweise vorhandenen GBRat (BAG 21. 3. 96, DB 96, 2230). Insgesamt kann also der Widerspruch in Ausnahmefällen zu einer Verschlechterung des Schutzes nach § 102 BetrVG führen. Ansonsten gelten auch bei der betriebsbedingten Kündigung eines widersprechenden ArbN für § 102 BetrVG die allgemeinen Grundsätze der subjektiven Determinierung (BAG 24. 2. 2000 – 8 AZR 167/99, NZA 2000, 764; Näheres s *Mitbestimmung, personelle Angelegenheiten* Rz 28).
- 43 **7. Beweislast.** Der ArbN, der sich auf das Vorliegen eines Betriebsübergangs beruft, ist für die anspruchsbegründenden Tatsachen darlegungs- und beweisbelastet. Er muss darlegen und beweisen, dass ein rechtsgeschäftlicher Betriebsübergang erfolgt ist und ein Wechsel des Betriebsinhabers stattgefunden hat. Lediglich hinsichtlich des Merkmals „durch Rechtsgeschäft“ stellt das BAG geringere Anforderungen. Die rechtsgeschäftliche Übertragung von wesentlichen Betriebsmitteln entspreche im Geschäftsleben der Lebenserfahrung, so dass dem ArbN insoweit die Grundsätze des **Anscheinsbeweises** zugute kommen (BAG 15. 5. 85 – 5 AZR 276/84, AP Nr 41 zu § 613 a BGB mit kritischer Anm von *Hoyningen-Huene*, der allenfalls einen Indizienbeweis zu Gunsten des ArbN zulassen will). Demgegenüber trägt der ArbGeb die Darlegungs- und Beweislast für die ordnungsgemäße Unterrichtung iSv § 613 a Abs 5 BGB und deren Zugang bei den betroffenen ArbN.
- 44 **8. Abweichende Vereinbarungen von § 613 a Absatz 1 BGB.** Derartige Vereinbarungen können von Betriebsveräußerer und -erwerber zulasten der ArbN nicht getroffen werden. § 613 a Abs 1 BGB ist insoweit zwingend (BAG 29. 10. 75, DB 76, 391; ebenso zur EG-Richtlinie EuGH 14. 11. 96, DB 96, 2546; 6. 11. 03 – Rs C-4/01 – Serene Martin ua, NZA 03, 1325). Daher ist ein mit dem bisherigen Betriebsinhaber geschlossener Aufhebungsvertrag unwirksam, wenn zwischen den Parteien feststeht, dass der ArbN bei dem Betriebserwerber weiterbeschäftigt werden soll (BAG 11. 7. 95, DB 96, 229). Der BGH hat zuletzt die formularmäßige Verpflichtung eines Tankstellenpächters, bei Vertragsbeendigung die mit Familienmitgliedern eingegangenen Arbeitsverhältnisse „auf seine Kosten zu beenden“ bzw anderenfalls den Verpächter oder den Nachfolgebetreiber „von allen daraus entstehenden Kosten freizuhalten“ nach § 307 Abs 1 Satz 1 BGB für unwirksam erachtet (BGH 23. 3. 06 – III ZR 102/05, NZA 06, 551). Unwirksam kann auch eine dreiseitige

Vereinbarung unter Einbeziehung der ArbN sein, bspw die Eigenkündigung sämtlicher ArbN mit gleichzeitiger Wiedereinstellungszusage beim Erwerber zu schlechteren Arbeitsbedingungen – sog **Lengoer Modell** (BAG 28. 4. 87, DB 88, 400; 12. 5. 92, DB 92, 2038 betr betriebliche Altersversorgung). Dies gilt auch im Rahmen einer Unternehmenssanierung (aA *Hanau* ZIP 98, 1817). Auch eine im Voraus erfolgende allgemeine Abdingung von § 613a Abs 1 BGB zwischen ArbN und ArbGeb bei Abschluss des Arbeitsvertrages ohne Bezug zu einem konkreten Betriebsübergang ist wegen der zwingenden Wirkung der Vorschrift unwirksam (BAG 29. 10. 75, DB 76, 391; *Meyer* NZA 02, 246). Das Gleiche gilt für den Wegfall einer Weihnachtsgratifikation im Fall des Betriebsübergangs (LAG Hamm 16. 12. 04 – 8 Sa 1526/04, DB 05, 265). Demgegenüber ist ein zwischen ArbN und Betriebsveräußerer geschlossener Aufhebungsvertrag, der auf eine Beendigung des Arbeitsverhältnisses gerichtet ist, ohne dass eine Weiterarbeit zu geänderten Arbeitsbedingungen beim Betriebserwerber im Raum steht rechtswirksam. Das Gleiche gilt beim Wechsel in eine Beschäftigungsgesellschaft (BAG 21. 1. 99 – 8 AZR 218/98, ZIP 99, 1572; 18. 8. 05 – 8 AZR 523/04, NZA 06, 145; 23. 11. 06 – 8 AZR 349/06, Pressemitteilung Nr 74/06; *Gaul/Otto* ZIP 06, 644; *Meyer* SAE 06, 102; Näheres s *Beschäftigungsgesellschaft* Rz 6). Eine Umgehung von § 613a BGB liegt dann nicht vor (BAG 11. 12. 97 – 8 AZR 654/95, NZA 99, 262; 10. 12. 98 – 8 AZR 324/97, NZA 99, 422; *Hanau* ZIP 99, 324). Auch eine Vereinbarung zwischen ArbN und Betriebserwerber, dass ein Arbeitsverhältnis nicht besteht, ist zulässig und unterliegt nicht der Schriftform des § 623 BGB (LAG Hamm 22. 5. 02 – 3 Sa 1900/01, LAGE § 623 BGB Nr 3).

Umstritten ist demgegenüber die Möglichkeit der ArbN, im konkreten Betriebsübergangsfall auf einzelne Ansprüche zu verzichten. Für solche **Änderungsvereinbarungen** verlangt das BAG in ständiger Rspr das Vorliegen eines sachlichen Grundes (BAG 18. 8. 76, DB 77, 310; 27. 4. 88, DB 88, 1653; *Müller-Glöge* NZA 99, 449; aA *Moll* NJW 93, 2016; *Feudner* DB 96, 830). Auch die **Befristung** eines Arbeitsverhältnisses, die im Hinblick auf einen bevorstehenden Betriebsübergang vereinbart wird, bedarf wegen der möglichen Umgehung des § 613a Abs 4 BGB eines sachlichen Grundes (BAG 2. 12. 98 – 7 AZR 579/97, NZA 99, 926).

9. Auswirkungen des Betriebsübergangs auf einzelne Rechtspositionen.a) Individualarbeitsrecht. Noch nicht durch den Veräußerer abgewickelter **Erholungsurlaub** ist in den Grenzen des § 7 Abs 3 BUrtG vom Erwerber zu erteilen (*Leinemann/Lipke* DB 88, 1217). Dabei ist es Sache des Betriebserwerbers den bislang nicht abgewickelten Urlaub auf das dem Urlaubsjahr folgende Vierteljahr zu übertragen und zur Abwicklung zu bringen (BAG 25. 8. 87, DB 88, 447; zum Ausgleich im Innenverhältnis zwischen Betriebsveräußerer und –erwerber BGH 25. 3. 99 – III ZR 27/98, NZA 99, 817; kritisch *Schmalz/Ebener* DB 2000, 1711). Ein bis zum 31. 3. des Folgejahres aus Gründen in der Person des ArbN (lang andauernde Krankheit) nicht abgewickelter Urlaub ist danach allerdings zugunsten des Erwerbers als verfallen anzusehen. Eine Urlaubsabgeltung scheidet aufgrund des gesetzlich angeordneten Fortbestands des Arbeitsverhältnisses insgesamt aus (BAG 18. 11. 03 – 9 AZR 95/03, NZA 04, 651). Das gilt selbst dann, wenn der ArbN eine Kündigung des Betriebsveräußerers nicht angreift (BAG 2. 12. 99 – 8 AZR 774/98, NZA 2000, 480). Frühere Zusagen des Veräußerers bezüglich **Sonderurlaub**, der zeitlich nach dem Betriebsübergang angetreten werden sollte, bleiben auch für den Erwerber bindend.

Für die **Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall** sind bei der Ermittlung einer Fortsetzungserkrankung zugunsten des Betriebserwerbers krankheitsbedingte Fehlzeiten des ArbN beim Veräußerer zu berücksichtigen (BAG 2. 3. 83, DB 83, 1445). Erkrankt ein widersprechender ArbN, kann Entgeltfortzahlung nicht mit der Begründung abgelehnt werden, es fehle am nötigen Arbeitswillen des ArbN (BAG 24. 3. 04 – 5 AZR 355/03, AP Nr 22 zu § 3 EntgeltFG). Ein arbeitsvertragliches **Wettbewerbsverbot** bindet grds auch den Betriebserwerber. Das gilt auch für **nachvertragliche Wettbewerbsverbote** mit Ausnahme der bei Betriebsübergang bereits ausgeschiedenen ArbN (streitig; vgl LAG Hess 3. 5. 93, NZA 94, 1033; *Nägele* BB 89, 1480).

Gleiches gilt bezüglich **Nebentätigkeitsgenehmigungen** des ArbN, die vor dem Betriebsübergang vom Veräußerer erteilt wurden. Zu berücksichtigen ist hier allerdings anhand des Billigkeitsmaßstabs des § 315 BGB, ob aufgrund einer möglicherweise anderen Konkurrenz- und Wettbewerbssituation beim Betriebserwerber Modifizierungen vorzunehmen sind (Widerruf von Nebentätigkeitsgenehmigung einerseits, fehlende Konkurrenzsituation andererseits).

Ob ein **Arbeitgeberdarlehen** auf den Erwerber übergeht, hängt von der vertraglichen Vereinbarung im Einzelfall ab (BAG 21. 1. 99 – 8 AZR 373/97; LAG Köln 18. 5. 2000 – 10 Sa 50/00, NZA-RR 01, 174). Problematisch können diejenigen Fälle sein, in denen der Betriebsveräußerer besondere Leistungen gewährt hat, die der Erwerber nicht übernommen hat. In Betracht kommen zB **Werkwohnungen, Dienstwagen, Sozialeinrichtungen** etc. Auch insoweit bleibt der Betriebserwerber grds zur Leistung verpflichtet. Ggf muss er die ArbN im Wege des Schadensersatzes zB durch Zahlung der Mietdifferenz finanziell gleichstellen (*Bachner* AiB 96, 291). Die jeweilige Leistung kann allerdings auch unter dem vertraglichen Vorbehalt stehen, dass sie vom ArbGeb selbst hergestellt oder geleistet werden kann. Das hat das BAG für die Gewährung von sog **Personalrabatt** (Jahreswagen) bejaht (BAG 7. 9. 04 – 9 AZR 631/03, NZA 05, 941; *Meyer* SAE 06, 264).

Lohnpfändungen, die vor dem Betriebsübergang gegenüber dem Betriebsveräußerer durchgeführt wurden, gelten auch gegenüber dem Erwerber (LAG Hamm 29. 8. 75 – 3 Sa 483/75, DB 76, 440; LAG Hess 22. 7. 99 – 5 Sa 13/99, NZA 2000, 615). Es bedarf keiner neuen Pfändung.

War das Arbeitsverhältnis im Zeitpunkt des Betriebsübergangs anfechtbar (zB wegen arglistiger Täuschung des ArbN bei Vertragsabschluss), so geht dieses **Anfechtungsrecht** des ArbGeb auf den Betriebserwerber über und kann nunmehr von diesem ausgeübt werden (*Lepke* BB 79, 526).

Für **Verjährungsfristen**, tarifliche oder einzelvertragliche **Ausschlussfristen** und **Verwirkungstatbestände** ist der Betriebsübergang unerheblich, diese sind sämtlich nicht betriebsinhaberbezogen (BAG 21. 3. 91 – 2 AZR 577/90, NZA 91, 726; 13. 2. 03 – 8 AZR 236/02, AP Nr 244 zu § 613a BGB). Etwas anderes gilt nur, soweit Ansprüche allein gegen den Betriebsveräußerer erhoben werden, denn dieser scheidet mit dem Betriebsübergang aus dem Arbeitsverhältnis aus. Solche Ansprüche müssen fristgerecht geltend gemacht werden, wobei mit Betriebsübergang (s oben Rz 18) der Fristablauf beginnt (BAG 10. 8. 94, DB 95, 379). Arbeitsvertraglich rechtswirksam vereinbarte oder kraft Allgemein-

Betriebsübergang

verbindlichkeit geltende Ausschlussfristen sind auch bei solchen Forderungen zu beachten, die erstmals gegenüber dem Erwerber entstanden sind. Bei streitigem Betriebsübergang wahrt ein Feststellungsverfahren wegen des Betriebsübergangs eine zweistufige Ausschlussfrist gegenüber dem Erwerber nicht (BAG 12. 12. 2000 – 9 AZR 1/00, NZA 01, 1082).

- 53 Der Betriebserber tritt auch in die Versorgungszusagen des Betriebsveräußerers bezüglich einer bestehenden **betrieblichen Altersversorgung** unabhängig von der Art der konkreten Versorgungszusage ein (BAG 18. 9. 01 – 3 AZR 689/00, NZA 02, 1391). Dies schließt die Anpassungsverpflichtung nach § 16 BetrAVG ein (BAG 21. 2. 06 – 3 AZR 216/05, BB 06, 2694). Dabei wird insbesondere die Dauer der Betriebszugehörigkeit durch einen Wechsel des Betriebsinhabers nicht unterbrochen (BAG 20. 7. 93, DB 94, 151). Hinsichtlich der im Zeitpunkt des Betriebsübergangs bereits ausgeschiedenen Ruheständler ist § 613 a BGB nicht anwendbar (s oben Rz 4) und es bleibt bei der Haftung des Veräußerers (BAG 23. 3. 04 – 3 AZR 151/03, AP Nr 265 zu § 613 a BGB). Erhalten ArbN erstmals nach dem Betriebsübergang eine Versorgungszusage, so kann der neue ArbGeb die früheren Beschäftigungszeiten als wertbildenden Faktor außer Ansatz lassen (BAG 19. 4. 05 – 3 AZR 469/04, NZA 05, 840 [LS] = AP Nr 19 zu § 1 BetrAVG Betriebsveräußerung).
- 54 Der ArbN hat keinen gesetzlichen Anspruch auf Erteilung eines **Zeugnisses**, da es an der gem § 109 Abs 1 GewO erforderlichen Beendigung des Arbeitsverhältnisses fehlt. Die Erteilung eines Zwischenzeugnisses ist demgegenüber regelmäßig sach- und interessengerecht (Näheres s *Zeugnis* Rz 11).
- 55 **b) Betriebsratsmandat.** Die betriebsverfassungsrechtliche Stellung der BRatMitglieder wird durch einen Betriebsübergang grds nicht beeinflusst, da der Betrieb regelmäßig in seiner **Identität erhalten bleibt** (BAG 11. 10. 95 – 7 ABR 17/95, NZA 96, 495; 18. 10. 2000 – 2 AZR 494/99, NZA 01, 321; 5. 6. 02 – 7 ABR 17/01, NZA 03, 336). Das gilt auch für den Fortbestand des **Gesamtbetriebsrats** beim Übergang eines aus mehreren Betrieben bestehenden Unternehmens. Ändern sich jedoch die betrieblichen Strukturen, endet auch das Amt des GBRat (BAG 5. 6. 02 – 7 ABR 17/01, NZA 03, 336; *Giesen* SAE 03, 217). Besteht Streit über das Vorliegen eines Betriebsübergangs bzw den Übergang des Arbeitsverhältnisses eines BRatMitglieds, so ist dieser für die Dauer des Rechtsstreits an der Ausübung des BRatAmts beim bisherigen ArbGeb gem § 25 Abs 1 Satz 2 BetrVG zeitweilig verhindert und die Amtsgeschäfte sind von einem Ersatzmitglied wahrzunehmen (LAG Köln 27. 6. 97 – 11 TaBV 75/96, NZA-RR 98, 266). Vergrößert sich die Zahl der GBRatMitglieder und dadurch auch die Zahl der Mitglieder im Gesamtbetriebsausschuss durch im Wege des Betriebsübergangs hinzugekommene Betriebe, sind alle weiteren Mitglieder des Gesamtbetriebsausschusses neu zu wählen (BAG 16. 3. 05 – 7 ABR 37/04, NZA 05, 1069).
- 56 Die Auswirkungen eines Betriebs- oder Betriebsteilübergangs, mit dem ein **Verlust der Betriebsidentität** verbunden war, auf die Stellung der BRatMitglieder war lange ungeklärt (vgl im Einzelnen Personalbuch 2001 Betriebsübergang Rz 47 ff). Dem hat der Gesetzgeber in Umsetzung der Richtlinie 98/50/EG und in Anlehnung an die neuere Rspr des BAG (31. 5. 2000 – 7 ABR 78/98, NZA 2000, 1350) mit dem zum 28. 7. 01 in Kraft getretenen BetrVerf-Reformgesetz ein Ende gemacht. Gem §§ 21 a, 21 b BetrVG gelten seither umfassende Übergangs- und Restmandate des BRat (LAG RhPf 18. 4. 05 – 2 TaBV 15/05, NZA-RR 05, 529; Näheres s *Restmandat/Übergangsmandat*). Nicht beseitigt hat die gesetzliche Neuregelung die mit der Einführung eines Übergangsmandats verbundenen rechtlichen **Folgeprobleme**, auf die bereits in der Vergangenheit hingewiesen worden ist (vgl zuletzt *Feudner* DB 03, 882). So muss der Erwerber mit einem BRat zusammenarbeiten, den er nicht kennt. Die BRatMitglieder arbeiten – je nach Umfang des Betriebsteilübergangs – uU nicht im übergegangenen Betriebsteil und kennen daher ihrerseits die betrieblichen Strukturen und Probleme beim Erwerber nicht. Wegen der fehlenden Betriebszugehörigkeit zum Erwerberbetrieb besteht zudem die Gefahr einer unsachgerechten Interessenvertretung aufgrund möglicherweise persönlicher Interessenkonflikte. Es können größere Entfernungen zum Erwerberbetrieb bestehen, die eine ordnungsgemäße Interessenvertretung behindern. Schließlich ergeben sich Fragen ua bezüglich der personellen Besetzung des BRat bei der Spaltung, bei Freistellungen und im Hinblick auf die Kostentragung (*Rieble* NZA 02, 233).
- 57 Als zusätzlicher Sonderfall ist die Mandatsstellung von BRatMitgliedern zu beachten, die dem **Übergang** ihres Arbeitsverhältnisses **widersprochen** haben. Geht es dabei um den **Übergang des gesamten Betriebes**, erlischt das BRat-Mandat mit Erklärung des Widerspruchs gem § 24 Nr 4 BetrVG wegen fehlenden betrieblichen Substrats beim Veräußerer (vgl BAG 25. 5. 2000 – 8 AZR 416/99, NZA 2000, 1115 zum Personalvertretungsrecht). Gleichzeitig scheidet auch ein nachwirkender Kündigungsschutz für das widersprechende BRatMitglied iSv § 15 Abs 1 Satz 2 KSchG aus, da nach erfolgter Betriebsveräußerung für das widersprechende BRatMitglied keine Beschäftigungsmöglichkeit besteht und damit eine dem § 15 Abs 4 KSchG identische Situation vorliegt (*Gerauer* BB 90, 1127; *Schaub* § 118 Rz 62). Etwas anderes kann in kündigungsschutzrechtlicher Hinsicht allenfalls bei der **Veräußerung eines von mehreren Betrieben** bzw bei der **Betriebsteilveräußerung** gelten. Im letzteren Fall besteht gem § 15 Abs 5 Satz 1 KSchG grds im Rahmen des § 15 Abs 5 Satz 2 KSchG eine Übernahmeverpflichtung bezüglich des widersprechenden BRatMitglieds in eine andere Betriebsabteilung. Hier sollte im Rahmen der Übernahmepflichtung der Widerspruch Grund Berücksichtigung finden (LAG Düsseldorf 25. 11. 97 – 8 Sa 1358/97, NZA-RR 98, 539; *Kreitner* Kündigungsrechtliche Probleme beim Betriebsinhaberwechsel, 1989, S 169 f; aA *Feudner* DB 94, 1570; *Annuß* DB 99, 798).
- 58 **III. Auswirkungen des Betriebsübergangs auf Tarifverträge und Betriebsvereinbarungen. 1. Transformation.** Nach § 613 a Abs 1 Satz 2 BGB findet durch den Betriebsübergang eine Transformation von Regelungen in Tarifverträgen und Betriebsvereinbarungen auf die Ebene des Einzelarbeitsverhältnisses statt mit einer gleichzeitigen einjährigen Veränderungssperre zum Nachteil des ArbN. Gemeint sind damit sog Inhaltsnormen, also Regelungen über Inhalt und Beendigung des Arbeitsverhältnisses (*Erman/Hanau* § 613 a Rz 81). Die kollektivvertraglichen Regelungen verlieren aufgrund dieser Vorschrift mit dem Betriebsübergang ihre unmittelbare und zwingende Wirkung (vgl § 4 Abs 1 TVG, § 77 Abs 4 Satz 1 BetrVG) und gelten beim Betriebserber nur noch wie sonstige arbeitsvertragliche Regelungen (BAG 15. 12. 99 – 10 AZR 877/98). Dies gilt auch für nachwirkende (§ 4 Abs 5 TVG) Tarifnormen (BAG 24. 11. 99 – 4 AZR 666/98, NZA 2000, 435; 1. 8. 01 – 4 AZR 82/00, NZA 02, 42). Sie gehen dabei mit dem Inhalt in die Arbeitsverträge ein, den sie im Zeitpunkt des Betriebsübergangs hatten. Demgemäß kann auch ein

rückwirkend in Kraft getretener Tarifvertrag an einem zwischenzeitlich erfolgten Betriebsübergang nicht teilhaben (LAG Bbg 10. 3. 92, DB 92, 1145; BAG 13. 9. 94, DB 95, 1133). Dabei besteht für den Betriebserber keine Verpflichtung zur Gleichbehandlung aller ArbN und Anpassung der transformierten früheren Betriebsvereinbarung an die vorhandenen Arbeitsbedingungen der eigenen „AltArbN“ (BAG 31. 8. 05 – 5 AZR 517/04, NZA 06, 265). Nach Ablauf der Veränderungssperre können die transformierten Regelungen im Wege der individualrechtlichen Änderungskündigung geändert werden. Daneben bleiben auch kollektive Ablösungen möglich, da anderenfalls durch den Betriebsübergang eine Verfestigung der Rechtspositionen entstanden wäre, § 613 a BGB aber lediglich den Bestandsschutz (status quo) sicherstellen will (BAG 14. 8. 01 – 1 AZR 619/00, NZA 02, 276; 28. 6. 05 – 1 AZR 213/04, AP Nr 29 zu § 77 BetrVG 1972 Betriebsvereinbarung). Bei fehlendem BRat kann der ArbGeb eine einseitige Lossagung gegenüber allen ArbN vornehmen (LAG Köln 8. 4. 03 – 1 Sa 1219/02, NZA-RR 03, 657; *Moll/Leisbrock* RdA 03, 301). Zu Sonderproblemen im Bereich der betrieblichen Altersversorgung vgl BAG 24. 7. 01 – 3 AZR 660/00, NZA 02, 520; *Gaul/Kühnreich* NZA 02, 495.

§ 613 a Abs 1 Satz 2 BGB gilt nicht für sog **Regelungsabreden** zwischen ArbGeb und BRat (*Schaub* ZIP 84, 272), da diese gerade keine den Betriebsvereinbarungen oder Tarifverträgen vergleichbare Rechtsnormqualität aufweisen (für eine analoge Anwendung: *Röder* DB 81, 1980). Das Schicksal **freiwilliger Betriebsvereinbarungen** beim Betriebsübergang ist bislang noch ungeklärt. Die Meinungen im Schrifttum sind geteilt (*Heinze* DB 98, 1861: automatisches Erlöschen; *Moll* RdA 96, 275: normale Transformation; *Bauer/von Steinau-Steinrück* NZA 2000, 505; *Hertzfeld* DB 06, 2177: begrenzte Transformation). Letztgenannte heben zu Recht den auf eine Sicherung des status quo gerichteten Zweck des § 613 a BGB hervor, der einer Besserstellung der ArbN entgegensteht, die durch eine Transformation auf die arbeitsvertragliche Ebene und die hierdurch erfolgende Anspruchsverfestigung aber eintreten würde und weisen gleichzeitig auf die mit der erstgenannten Lösung verbundene statusverschlechternde Wirkung des Betriebsübergangs hin.

2. Kollektivrechtliche Fortgeltung. Ausnahmsweise kommt es trotz der gesetzlichen Regelung in § 613 a Abs 1 Satz 2 BGB zu einer kollektivrechtlichen Fortgeltung soweit Betriebserwerber und ArbN tarifgebunden sind (hM; vgl zuletzt BAG 30. 8. 2000 – 4 AZR 581/99, NZA 01, 510; 21. 2. 01 – 4 AZR 18/00, NZA 01, 1318; *Haußmann* DB 01, 1839; *Kania* DB 95, 625; *Kamanabrou* SAE 02, 26; aA *Zöllner* DB 95, 1401; *Heinze* DB 98, 1861; *Schiefer* FA Arbeitsrecht 98, 270; *Lepsien* FA Arbeitsrecht 02, 34; *Prange* NZA 02, 817: Tarifgebundenheit des ArbN entbehrllich; als Vorinstanz noch differenzierend LAG Köln 30. 9. 99 – 6 (9) Sa 740/99, NZA-RR 2000, 179: Tarifgebundenheit des Erwerbers ausreichend bei Branchenwechsel in Zuständigkeitsbereich einer anderen DGB-Gewerkschaft). Auch der nach Gründung der Gewerkschaft ver.di notwendig gewordene Folgeprozess zu dem og Verfahren (4 AZR 18/00) ist vom BAG im gleichen Sinn entschieden worden (BAG 11. 5. 05 – 4 AZR 315/04, NZA 05, 1363; zustimmend *Schiefer* DB 05, 2134). Darüber hinaus ist immer dann eine kollektivrechtliche Fortgeltung zu bejahen, wenn die Betriebsidentität beim Erwerber erhalten bleibt (BAG 27. 7. 94 – 7 ABR 37/93, NZA 95, 222; 14. 8. 01 – 1 AZR 619/00, NZA 02, 276; 15. 1. 02 – 1 AZR 58/01, NZA 02, 1034; noch weitergehend *Mues* DB 03, 1273, der eine bloße Identifizierbarkeit des übergegangenen Betriebs oder Betriebsteils beim Erwerber ausreichen lässt). Dies rechtfertigt sich aus dem Charakter des § 613 a Abs 1 Satz 2–4 BGB als Auffangtatbestand, der Lücken im Betriebsverfassungs- und Tarifrecht schließen soll, ohne die Rechtsstellung des BRat und der ArbN einzuschränken. **Gesamtbetriebsvereinbarungen**, die in den Betrieben eines abgehenden Unternehmens gelten, bleiben grds als solche erhalten, sofern alle oder mehrere Betriebe übernommen werden. Bei der auf einen Betrieb beschränkten Übernahme gelten sie dort als Einzelbetriebsvereinbarung weiter (BAG 18. 9. 02 – 1 ABR 54/01, NZA 03, 670; *Thüsing* DB 04, 2474; *Bachner* NJW 03, 2861; *Meyer* SAE 03, 310; aA *Preis/Richter* ZIP 04, 925; *Hohenstatt/Müller-Bonanni* NZA 03, 766; *Rieble/Gutzeit* NZA 03, 233). Ob dies auch – wie vom BAG angenommen – bei der selbstständigen Fortführung übernommener Betriebsteile gilt, ist allerdings vor dem Hintergrund fehlender Betriebsidentität zweifelhaft (*Preis/Richter* ZIP 04, 925). Jedenfalls scheidet eine kollektive Weitergeltung aus, wenn der übernommene Betriebsteil eingegliedert wird (*Richardi/Kortstock* RdA 04, 173).

Anders ist die Situation jedoch beim **Firmentarifvertrag**. Dieser kann kollektivrechtlich nur durch Übernahme oder Neuabschluss durch den Erwerber Bindungswirkung entfalten (*Wank* NZA 87, 507; aA *Moll* RdA 96, 275: Erhaltung der Betriebsidentität reicht aus). Der Betriebserber tritt nicht automatisch in den Firmentarifvertrag ein. Es kommt vielmehr regelmäßig zu Transformation mit dem Tarifinhalt zum Zeitpunkt des Betriebsübergangs (BAG 20. 6. 01 – 4 AZR 295/00, NZA 02, 517; 29. 8. 01 – 4 AZR 332/00, NZA 02, 513; aA *Däubler* RdA 02, 303). Eine kollektivrechtliche Fortgeltung scheidet aus, wenn der übernommene Betrieb beim Betriebserber nicht mehr dem Geltungsanspruch des BetrVG unterfällt; zB bei Übernahme durch eine Anstalt, Stiftung oder Körperschaft des öffentlichen Rechts (BAG 9. 2. 82, DB 82, 1414).

3. Vorhandene kollektivrechtliche Regelung. Ausgeschlossen ist die Weitergeltung iSd § 613 a Abs 1 Satz 2 BGB gem Satz 3, wenn die Materie beim Betriebserber bereits kollektivrechtlich geregelt ist. Dies gilt gleichermaßen für den Fall, dass die tariflichen Arbeitsbedingungen lediglich aufgrund arbeitsvertraglicher Inbezugnahme gelten (LAG SchlHol 4. 3. 98 – 2 Sa 571/97 und 2 Sa 456/97, NZA-RR 99, 249 und 251; anders bei einzelvertraglich modifizierter Tarifregelung: LAG Hamm 27. 7. 99 – 6 Sa 1602/98, DB 2000, 95). Insoweit ist nur die rechtliche Begründung umstritten. Während zT mit einer analogen Anwendung des § 613 a Abs 1 Satz 3 BGB argumentiert wird (LAG Köln 12. 10. 95, NZA-RR 96, 327); stellt *Wank* richtigerweise auf eine ergänzende Auslegung des Arbeitsvertrags ab (*Münch-ArbR/Wank* § 124 Rz 194). Zweck dieser Regelung ist es, dem Betriebserber die Möglichkeit zur Anpassung der Arbeitsbedingungen der übernommenen Arbeitsverhältnisse an bestehende kollektive Regelungen zu geben. Erforderlich ist dabei, dass sowohl beim Betriebsveräußerer als auch beim Betriebserber inhaltlich auf dieselbe Materie bezogene Regelungen bestanden (BAG 22. 1. 03 – 10 AZR 227/02, AP Nr 242 zu § 613 a BGB). Die konkreten Anforderungen, die an eine solche Regelungsidentität im Einzelfall zu stellen sind, sind streitig (vgl *Meyer* DB 04, 1886). Das bloße Fehlen einer Regelung beim Erwerber genügt nicht (BAG 20. 4. 94 – 4 AZR 342/93, NZA 94, 1140; 1. 8. 01 – 4 AZR 82/00, NZA 02, 42). Demgegenüber reicht es aus, wenn die Tarifbindung an den neuen Tarifvertrag erst Monate nach dem Betriebsübergang entsteht (BAG 19. 3. 86, DB 86, 1575). Mithin kann auch eine bereits nach § 613 a Abs 1 Satz 2 BGB

Betriebsübergang

transformierte kollektivrechtliche Regelung durch eine spätere, gleichrangige kollektivrechtliche Regelung geändert werden, ohne dass die einjährige Veränderungssperre eingreift (BAG 14. 8. 01 – 1 AZR 619/00, NZA 02, 276; 18. 11. 03 – 1 AZR 604/02, NZA 04, 803). Liegen diese Voraussetzungen jedoch vor, so kann eine Ablösung auch dann erfolgen, wenn die ursprüngliche Regelung für die ArbN günstiger war (BAG 11. 5. 05 – 4 AZR 315/04, NZA 05, 1363). § 77 Abs 3 BetrVG bleibt ebenfalls unberücksichtigt, denn § 613 a Abs 1 Satz 3 BGB geht insoweit als speziellere Norm vor und ermöglicht sogar eine sog Überkreuzablösung von Tarifvertrag durch Betriebsvereinbarung und umgekehrt (*Kania* DB 95, 625; *Hromadka* DB 96, 1872; *Meyer* NZA 01, 751; *Schiefer/Pogge* NJW 03, 3734; wohl auch *Hauck* NZA 04 Beilage zu Heft 18, 17; ausdrücklich offen gelassen von BAG 1. 8. 01 – 4 AZR 82/00, NZA 02, 42; aA *Gaul* NZA 95, 717 wegen der Einbeziehung der sog Außenseiter). Auch kann ein Firmentarifvertrag von einem Verbandstarifvertrag abgelöst werden (*Hanau/Vossen* FS für Hilger/Stumpf, 1983, S 297; *Moll* RdA 96, 275). Das gilt gleichermaßen für den Bereich der betrieblichen Altersversorgung. Eine beim Betriebserber vorhandene Betriebsvereinbarung löst die durch Betriebsvereinbarung geregelte Versorgungsordnung des Veräußerers ab. Es müssen lediglich die erdienten Versorgungsbesitzstände gewahrt bleiben (BAG 24. 7. 01 – 3 AZR 660/00, NZA 02, 520; Näheres s *Betriebliche Altersversorgung* Rz 62). Zu weiteren Einzelfragen s ArbG Stuttgart 17. 7. 98 – 26 Ca 84/98, NZA-RR 98, 550; *Kania* DB 96, 1921; *Zöllner* DB 95, 1401, *Hromadka* DB 96, 1872 und *Heinze* DB 98, 1861.

63 Gemäß § 613 a Abs 1 Satz 4 BGB können auf Betriebsvereinbarung und Tarifvertrag beruhende Rechte geändert werden, wenn die ursprünglichen kollektivrechtlichen Regelungen nicht mehr gelten. Dies entspricht der auch ohne eine derartige Vorschrift bestehenden Nachwirkung (vgl § 4 Abs 5 TVG, § 77 Abs 6 BetrVG) mit Folge der jederzeitigen arbeitsvertraglichen Änderungsmöglichkeit. Gleiches ist nach der 2. Alternative des § 613 a Abs 1 Satz 4 BGB möglich, wenn der Betriebserber mit den übernommenen ArbN die Geltung des in seinem Betrieb für die dort vorhandenen ArbN geltenden Tarifvertrags vereinbart.

64 4. Außenseiter. Für nicht gewerkschaftlich organisierte ArbN (sog Außenseiter) gelten tarifliche Arbeitsbedingungen soweit Tarifverträge nicht für allgemeinverbindlich erklärt sind (§ 5 TVG) nur kraft arbeitsvertraglicher Vereinbarung. Dies geschieht durch sog statische oder dynamische **Bezugnahmeklauseln** (Näheres s *Arbeitsvertrag* Rz 43). Problematisch sind insoweit die sog kleinen dynamischen Bezugnahmeklauseln. Nach dem früheren Konzept des 4. Senats des BAG waren derartige Klauseln im Zweifel als Gleichstellungsabreden auszulegen, mit der Folge einer lediglich statischen Weitergeltung bei einem Betriebsübergang auf einen nicht tarifgebundenen Erwerber (BAG 24. 11. 99 – AZR 666/98, NZA 2000, 435; 16. 10. 02 – 4 AZR 467/01, NZA 03, 390; Näheres s *Personaltbuch* 2006, *Betriebsübergang* Rz 64). Mit Urt vom 14. 12. 05 hat der 4. Senat eine grundlegende Rspränderung dahingehend angekündigt, dass diese Auslegungsregel auf die ab dem 1. 1. 02 mit Inkrafttreten der Schuldrechtsreform abgeschlossenen Arbeitsverträge nicht mehr anzuwenden sei (BAG 14. 12. 05 – 4 AZR 536/04, NZA 06, 607). Begründet hat das BAG dies im Wesentlichen mit den geänderten Rahmenbedingungen und den nunmehr zu beachtenden Wertungen des Rechts der Allgemeinen Geschäftsbedingungen. Für Altverträge bleibt es unter Vertrauensschutzgesichtspunkten bei der bisherigen Rspr (aA *Simon/Kock/Halbsguth* BB 06, 2354; Vertrauensschutz bis 14. 12. 05).

Wenige Monate nach dieser BAG-Entscheidung hat der **EuGH** auf Vorlage des LAG Düsseldorf die lediglich statische Wirkung einer Bezugnahmeklausel bejaht und dabei die Bedeutung der negativen Koalitionsfreiheit betont (EuGH 9. 3. 06 – Rs C-499/04 – Werhof, NZA 06, 376). Im **Schrifttum** wird daher überwiegend von einer Rückkehr zur früheren BAG-Rspr ausgegangen (*Nicolai* DB 06, 670; *Meinel/Hermes* DB 06, 1429; *Melot de Beauregard* NJW 06, 2522; *Zerres* NJW 06, 3533). Von anderer Seite wird demgegenüber zu Recht vor einer Überbewertung dieser EuGH-Entscheidung gewarnt und darauf hingewiesen, dass es um die Auslegung privater Willenserklärungen geht (*Thüsing* NZA 06, 473; *Sittard/Ulbrich* ZTR 06, 458).

65 IV. Haftung. 1. § 613 a Absatz 2 BGB. Der Betriebserber übernimmt die Arbeitsverhältnisse so, wie sie zum Zeitpunkt des Betriebsübergangs bestehen (BAG 27. 10. 94, NZA 95, 735 für ein gem EV ruhendes Arbeitsverhältnis), dh, er haftet grds für bestehende Verbindlichkeiten des Betriebsveräußerers. Letzterer haftet für bestehende Verpflichtungen aus der Zeit vor dem Betriebsübergang unbeschränkt weiter. Werden diese Ansprüche erst nach dem Betriebsübergang fällig, gilt gem § 613 a Abs 2 BGB eine einjährige Haftungbegrenzung. Dabei haftet der Betriebsveräußerer jedoch nur in dem Umfang, der dem im Zeitpunkt des Betriebsübergangs abgelaufenen Bemessungszeitraum entspricht. Anwendungsfälle: Weihnachtsgeld, 13. Monateinkommen, Urlaubsgeld uÄ. Die Fälligkeit ist nach allgemeinen bürgerlichrechtlichen Grundsätzen zu bestimmen, § 271 BGB.

66 Im Innenverhältnis zwischen Betriebsveräußerer und -erwerber gelten die Regelungen der §§ 421 ff BGB. Danach erfolgt die Haftungsverteilung im Innenverhältnis im Zweifel gem § 426 Abs 1 Satz 1 BGB zu gleichen Teilen, soweit keine anderweitige vertragliche Vereinbarung getroffen wurde (zum Urlaub s oben Rz 46). § 613 a Abs 2 BGB ist zu Gunsten der ArbN zwingend und kann weder durch Betriebsveräußerer und -erwerber, noch im Vorhinein arbeitsvertraglich mit den einzelnen ArbN abbedungen werden (zu Besonderheiten in der Insolvenz s unten Rz 93 ff).

67 2. Besondere Haftungsgründe. Nach der Aufhebung des § 419 BGB zum 1. 1. 99 ist für Betriebsübergänge seither lediglich § 25 HGB zu beachten, der den Fall des Erwerbs eines Handelsgeschäfts unter Fortführung der bisherigen Firma betrifft. Für Vermögensübernahmen aus der Zeit vor dem 1. 1. 99 ist § 419 BGB weiter anwendbar.

68 V. Kündigungsschutz beim Betriebsübergang. 1. Kündigungsverbot gemäß § 613 a Absatz 4 Satz 1 BGB.
a) Definition. § 613 a Abs 4 Satz 1 BGB verbietet ausdrücklich die Kündigung „wegen des Übergangs eines Betriebs oder Betriebsteils“. Nach der Rspr des BAG liegt eine solche betriebsübergangsbedingte Kündigung immer dann vor, wenn das Motiv der Kündigung wesentlich durch den Betriebsübergang bedingt ist. Letzteres ist immer dann der Fall, wenn es nicht neben dem Betriebsübergang einen sachlichen Grund gibt, der aus sich heraus die Kündigung rechtfertigt, so dass sich der Betriebsübergang lediglich als äußerer Anlass für die Kündigung, nicht jedoch als tragender Grund darstellt (BAG 26. 5. 83, DB 83, 2690; 31. 1. 85, DB 85, 1842; 26. 8. 99 – 8 AZR 827/98, NZA 2000, 371; 27. 10. 05 – 8 AZR 568/04, NZA 06, 668). Dabei kommt es nach der Rspr allein auf die objektive Rechtslage an. Die Begründung durch den ArbGeb soll nicht maßgeblich sein (BAG 9. 5. 88, DB 89, 934). Gleichwohl wird man der deutlichen Benennung des

Kündigungsgrundes durch den ArbGeb (zB im Kündigungsschreiben) erhebliche Indizwirkung beimessen müssen (vgl etwa LAG Köln 13. 10. 04 – 7 (9) Sa 1423/03).

b) Rechtsnatur. Das BAG hat mit Urt vom 31. 1. 85 grundlegend festgestellt, dass § 613 a Abs 4 Satz 1 BGB einen selbstständigen Unwirksamkeitsgrund enthält (BAG 31. 1. 85, DB 85, 1842). Dies bedeutet, dass sich auch solche ArbN, die nicht dem Geltungsbereich des KSchG unterfallen, auf das Kündigungsverbot des § 613 a Abs 4 Satz 1 BGB berufen können. Allerdings gilt seit 1. 1. 04 auch insoweit die dreiwöchige Klagfrist des § 4 KSchG (zu beachtlichen europarechtlichen Bedenken *Kamanabrou* NZA 04, 950).

c) Geltungsbereich. § 613 a Abs 4 Satz 1 BGB gilt sowohl für ordentliche als auch für außerordentliche Kündigungen. Er findet entsprechende Anwendung auf die Überführung einer Einrichtung nach dem EV (BAG 21. 7. 94, DB 95, 381). Auf Grund seiner Komplementärfunktion zum ersten Absatz der Vorschrift wendet das BAG die Vorschrift analog auf Aufhebungsverträge und Befristungsvereinbarungen an, wenn diese darauf abzielen, die Bestandsschutzsicherung des § 613 a Abs 1 BGB zu vereiteln (BAG 15. 2. 95 – 7 AZR 680/94, NZA 95, 987). Ferner werden über den Bestandsschutz hinaus auch inhaltliche Änderungen des Arbeitsverhältnisses und somit auch Änderungskündigungen von § 613 a Abs 4 BGB erfasst (LAG Köln 12. 10. 95, NZA-RR 96, 327; *Schaub* ZIP 84, 272). Im Übrigen gelten die oben zum ersten Absatz der Vorschrift genannten Erwägungen entsprechend. Zur Anwendung des § 613 a Abs 4 BGB im kirchlichen Bereich sowie bei Betriebsveräußerungen an ausländische Erwerber vgl *Kreitner* Kündigungsrechtliche Probleme beim Betriebsinhaberwechsel, 1989, S 252 ff, 258 ff.

d) Maßgeblicher Zeitpunkt. Für die Beurteilung der Rechtmäßigkeit der Kündigung ist auch hinsichtlich der Frage, ob eine Kündigung wegen des Betriebsübergangs vorliegt, nach der gefestigten Rspr des BAG allein der Zeitpunkt des Zugangs der Kündigung maßgeblich (BAG 28. 4. 88, DB 89, 430; 10. 10. 96, DB 97, 279; 3. 9. 98 – 8 AZR 306/97, NZA 99, 147). Allerdings hat das BAG diesen Grundsatz teilweise in Anlehnung an die Rspr bei betriebsbedingten Kündigungen wegen einer bevorstehenden Betriebsstilllegung (BAG 19. 6. 91 – 2 AZR 127/91, NZA 91, 891; 3. 9. 98 – 8 AZR 439/97) insoweit modifiziert, als auch ein Betriebsübergang, der im Kündigungszeitpunkt lediglich „greifbare Formen“ angenommen hat, zum Eingreifen des Kündigungsverbots nach § 613 a Abs 4 BGB führen kann (BAG 10. 12. 98 – 8 AZR 264/98; 21. 1. 99 – 8 AZR 298/98; 26. 8. 99 – 8 AZR 827/98, NZA 2000, 371). Die spätere tatsächliche Entwicklung ist grds unerheblich, sie kann allerdings für einen **Wiedereinstellungsanspruch** des gekündigten ArbN Bedeutung erlangen (BAG 11. 12. 98 – 8 AZR 265/97, NZA 99, 311). Bei späterem Scheitern eines zunächst erwarteten und eingeleiteten Betriebsübergangs ist daher eine seinerzeit ausgesprochene Kündigung gem § 613 a Abs 4 BGB unwirksam (BAG 9. 5. 88, DB 89, 934) während bei beabsichtigter Betriebsstilllegung und später doch noch erfolgtem Betriebsübergang nicht gegen § 613 a Abs 4 BGB verstößt und regelmäßig gem § 1 Abs 2 KSchG wirksam ist (BAG 19. 6. 91, DB 91, 2442). Erfolgt der Betriebsübergang innerhalb der Kündigungsfrist, bejaht das BAG einen Wiedereinstellungs- bzw Fortsetzungsanspruch (BAG 27. 2. 97 – 2 AZR 160/96, NZA 97, 757; 13. 11. 97 – 8 AZR 295/95, NZA 98, 251; *Langenbacher* SAE 98, 145). Dabei dürfte es ausreichen, wenn der bevorstehende Betriebsübergang innerhalb der Kündigungsfrist greifbare Formen angenommen hat. Bereits in diesem Zeitpunkt ist die der betriebsbedingten Kündigung zugrunde liegende Prognoseentscheidung des ArbGeb entkräftet und der Wiedereinstellungsanspruch kommt als Ausgleichsinstrument zum Tragen. Auf den tatsächlichen Übergang der Leitungsmacht kommt es daher nicht an. Entstehen anderweitige Beschäftigungsmöglichkeiten erst danach, ist die BAG-Rspr uneinheitlich. Während der 7. Senat einen Wiedereinstellungsanspruch in diesen Fällen ablehnt (BAG 6. 8. 97 – 7 AZR 557/96, NZA 98, 254; 28. 6. 2000 – 7 AZR 904/98, NZA 2000, 1097) und der 2. Senat die Frage offen gelassen hat (BAG 4. 12. 97 – 2 AZR 140/97, NZA 98, 701), differenziert der für die Fragen des Betriebsübergangs zuständige 8. Senat des BAG danach, ob der Betriebsübergang gerade durch die willentliche Übernahme der Hauptbelegschaft eingetreten ist und lässt in diesem Fall den Fortsetzungs-/Wiedereinstellungsanspruch auch noch nach Ablauf der Kündigungsfrist zu (BAG 12. 11. 98 – 8 AZR 265/97, NZA 99, 311; 13. 5. 04 – 8 AZR 198/03, AP Nr 264 zu § 613 a BGB). Im Übrigen lässt er die Rechtsfrage ebenso wie der 2. Senat ausdrücklich offen. Lediglich im Insolvenzfall scheidet ein Wiedereinstellungsanspruch nach Ablauf der Kündigungsfrist aus (BAG 13. 5. 04 – 8 AZR 198/03, AP Nr 264 zu § 613 a BGB). Ein solcher Wiedereinstellungsanspruch besteht nicht, wenn berechnete Interessen des ArbGeb der Wiedereinstellung entgegenstehen (BAG 28. 6. 2000 – 7 AZR 904/98, NZA 2000, 1097). Das ist immer dann anzunehmen, wenn der ArbGeb bereits anderweitige Dispositionen getroffen hat. Daher erlischt ein etwa entstandener Wiedereinstellungsanspruch mit der anderweitigen Besetzung des Arbeitsplatzes (Ausnahme: treuwidriges Verhalten). Das Gleiche gilt hinsichtlich der Festlegung des Anforderungsprofils für den zu besetzenden Arbeitsplatz (BAG 4. 5. 06 – 8 AZR 299/05, NZA 06, 1096). **Geltend machen** muss der ArbN den Wiedereinstellungsanspruch unverzüglich nach Kenntniserlangung der für den Betriebsübergang maßgeblichen Umstände. Das BAG hat hierfür bislang in Anlehnung an die Rspr zum Widerspruchsrecht § 4 KSchG analog angewandt (BAG 11. 12. 98 – 8 AZR 265/97, NZA 99, 311). Seit Geltung des § 613 a Abs 6 BGB ist in entsprechender Anwendung auf die Monatsfrist abzustellen (*APS/Steffan* § 613 a BGB Rz 182). Das gilt nicht für Fortsetzungsverlangen gegenüber dem Betriebserberwerber im ungekündigten Arbeitsverhältnis (BAG 18. 12. 03 – 8 AZR 621/02, NZA 04, 791). Hier kann allenfalls eine Verwirkung in Betracht kommen. Eine weitergehende Pflicht zur klageweise gerichtlichen Geltendmachung besteht nicht (aA *Luke* NZA 05, 92). Mitbestimmungsrechte des BRat nach § 99 BetrVG können im Einzelfall immer dann bestehen, wenn der ArbGeb eine Auswahlentscheidung zwischen mehreren in Frage kommenden zunächst gekündigten ArbN treffen muss (aA *Kleinebrink* FA Arbeitsrecht 99, 139). Bei der Auswahl muss der ArbGeb zudem gem §§ 242, 315 BGB die Umstände des Einzelfalls berücksichtigen (BAG 28. 6. 2000 – 7 AZR 904/98, NZA 2000, 1097; 4. 5. 06 – 8 AZR 299/05, NZA 06, 1096).

2. Kündigung aus anderen Gründen im Sinne des § 613 a Abs 4 Satz 2 BGB.a) Fehlender allgemeiner Kündigungsschutz. Bei ArbN, die entweder aufgrund noch nicht erfüllter sechsmonatiger Wartezeit oder wegen der geringen Betriebsgröße nicht dem Geltungsbereich des KSchG unterfallen, bleiben Kündigungen, bei denen der Betriebsübergang nicht den tragenden Grund darstellt, im Rahmen der allgemeinen Grenzen der §§ 134, 138, 242 BGB grds möglich und wirksam (*Hillebrecht* NZA 89 Beilage 4, 10). Bei der Berechnung der Wartezeit nach § 1 Abs 1 KSchG

Betriebsübergang

sind die beim Betriebsveräußerer erbrachten Beschäftigungszeiten bei einer Kündigung des Erwerbers zu berücksichtigen (BAG 27. 6. 02 – 2 AZR 270/01, NZA 03, 145). Das Gleiche gilt für die Berechnung der Kündigungsfrist (BAG 18. 9. 03 – 2 AZR 330/02, NZA 04, 319).

- 73 **b) Verhaltens- und personenbedingte Kündigungen.** Diese bleiben ebenso möglich wie außerordentliche Kündigungen. Vor dem Betriebsübergang von dem Betriebsveräußerer ausgesprochene **Abmahnungen** behalten grds ihre Bedeutung für eine spätere verhaltensbedingte Kündigung des Erwerbers, denn die einzelnen ArbN sollen durch § 613 a BGB keine Besserstellung erfahren. Zu beachten ist lediglich, dass Abmahnungsgründe des alten Betriebsinhabers beim Betriebsnehmer aufgrund anderer betrieblicher Organisationsstrukturen andere Relevanz entfalten können (zur Geltendmachung des Entfernungsanspruchs BAG 11. 12. 98 – 8 AZR 265/97, NZA 99, 311).
- 74 **c) Betriebsbedingte Kündigungen.** Zu den anderweitigen Kündigungen iSd § 613 a Abs 4 Satz 2 BGB zählen auch betriebsbedingte Kündigungen. Bereits erwähnt wurde die zulässige und regelmäßig wirksame Kündigung von dem Betriebsübergang widersprechenden ArbN durch den Betriebsveräußerer (s oben Rz 42). Das Gleiche gilt für die Kündigung von ArbN in nicht veräußerten Betriebsteilen, deren Arbeitsbedarf aufgrund der Betriebsteilveräußerung zurückgeht (BAG 17. 6. 03 – 2 AZR 134/02, AP Nr 260 zu § 613 a BGB: ArbN in betriebsteilübergreifender Stabsstelle).
- 75 Bei **Betriebsverlagerungen** hat das BAG zunächst darauf abgestellt, ob die bestehende Betriebsgemeinschaft im Wesentlichen erhalten geblieben ist (BAG 12. 2. 87, DB 88, 126; ebenso LAG Düsseldorf 16. 2. 95, NZA-RR 96, 241). Richtigerweise dürfte vorrangig die Frage zu stellen sein, ob die ArbN überhaupt arbeitsvertraglich verpflichtet sind, der Betriebsverlagerung Folge zu leisten und ein dahingehendes Weisungsrecht des ArbGeb besteht. Dies wird regelmäßig zu verneinen sein (*Hillebrecht* NZA 89 Beilage 4, 10), so dass unabhängig von der Frage des Betriebsübergangs immer eine Änderungskündigung seitens des ArbGeb erforderlich wird. Lehnen die ArbN allerdings definitiv einen Wechsel des Arbeitsorts ab, so ist eine Beendigungskündigung möglich (LAG Hamm 27. 5. 04 – 8 Sa 204/04). Die Sachlage entspricht derjenigen beim Widerspruch des ArbN gegen den Betriebsübergang (BAG 20. 4. 89, DB 89, 2334).
- 76 **Rationalisierungsmaßnahmen** durch den Veräußerer vor bzw durch den Erwerber nach dem Betriebsübergang bleiben uneingeschränkt möglich. Kündigt der bisherige ArbGeb, um den Betrieb „verkaufsfähig“ zu machen (*Hillebrecht* ZIP 85, 263; *Lipinski* NZA 02, 75) gelten die allgemeinen Anforderungen für betriebsbedingte Kündigungen bzw Änderungskündigungen (BAG 18. 7. 96, DB 96, 2288; LAG Köln 12. 10. 95, NZA-RR 96, 327; Näheres s *Kündigung, betriebsbedingte* Rz 1 ff sowie *Änderungskündigung* Rz 21 ff). Allein der fehlende Übernahmewille des Erwerbers stellt keinen betriebsbedingten Kündigungsgrund des Veräußerers dar (*Hanau* ZIP 84, 141; *Willemsen* ZIP 83, 411). Beruht die Kündigung allein auf dem Druck des Erwerbers, den Betrieb andernfalls nicht zu übernehmen, da ihm der Arbeitsplatz des gekündigten ArbN „zu teuer“ sei, ist die Kündigung gem § 613 a Abs 4 Satz 1 BGB unwirksam (BAG 20. 3. 03 – 8 AZR 97/02, NZA 03, 1027; *Schumacher-Mohr* NZA 04, 629). Im Übrigen ist aber nach der Rspr des BAG eine **Kündigung** des Betriebsveräußerers **nach dem Erwerberkonzept** möglich. Ursprünglich hat das BAG insoweit verlangt, dass das Sanierungskonzept des Erwerbers auch vom Betriebsveräußerer durchgeführt werden könnte (BAG 26. 5. 83 – 2 AZR 477/81, AP Nr 34 zu § 613 a BGB). Diese Einschränkung hat der 8. Senat des BAG später – jedenfalls in der Insolvenz – ausdrücklich aufgegeben (BAG 20. 3. 03 – 8 AZR 97/02, NZA 03, 1027). Die Argumentation des BAG lässt überdies eine Ausdehnung dieser Rspr auf sämtliche Sanierungsfälle auch außerhalb der Insolvenz erwarten, sofern ansonsten eine endgültige Betriebsstilllegung droht (aA LAG Köln 17. 6. 03 – 9 Sa 443/03, ZIP 03, 2042; kritisch *Mauer* EWiR 04, 273). Die hM im Schrifttum hat bereits zuvor ein hinreichend konkretisiertes, zwischen Betriebsveräußerer und -erwerber abgesprochenes Konzept als Kündigungsbegründung ausreichen lassen (*Henssler* NZA 94, 913; *Lipinski* NZA 02, 75). Diese sanierungsfreundliche Normauslegung überzeugt nicht. Sie lässt den Schutzzweck des § 613 a BGB (s oben Rz 2) außer Acht und erweitert die gesetzliche Kündigungsmöglichkeit anstatt Bestandsschutz für die betroffenen Arbeitsverhältnisse zu gewährleisten. Entgegen der Auffassung des BAG geht es nicht um eine „künstliche Verlängerung“ des Arbeitsverhältnisses, sondern die Veräußererkündigung nach Erwerberkonzept ermöglicht eine vorgezogene Beendigung. Besonders deutlich wird dies im Bereich der Sozialauswahl nach § 1 Abs 3 KSchG, die nach Auffassung der Vertreter der hM auf den Betrieb des Veräußerers beschränkt sein soll (*Steger/Hasselbach* DB 99, 430). Konsequenz wäre aber eine umfassende, auch den aufnehmenden Erwerberbetrieb einbeziehende Sozialauswahl (*Kreitner* Kündigungsrechtliche Probleme beim Betriebsinhaberwechsel, 1989, S 110 ff; *Schmitker/Grau* EWiR 03, 909, differenzierend jetzt auch *Gaul/Bonanni/Naumann* DB 03, 1902; *Annuß/Stamer* NZA 03, 1247; *Meyer* SAE 04, 176; *Schumacher-Mohr* NZA 04, 629).
- 77 Problematischster Fall der betriebsbedingten Kündigung ist die Kündigung wegen **Betriebsstilllegung**. Betriebsstilllegung und Betriebsübergang schließen sich tatbestandsmäßig gegenseitig aus (BAG 16. 5. 02 – 8 AZR 319/01, NZA 03, 93; 27. 10. 05 – 8 AZR 568/04, NZA 06, 668). Das BAG bewältigt diese Abgrenzung durch eine genaue Prüfung des Vorliegens einer (beabsichtigten) Betriebsstilllegung. Ausgehend von dem gefestigten arbeitsrechtlichen Betriebsstilllegungsbegriff (s *Kündigung, betriebsbedingte* Rz 50; *Betriebsänderung* Rz 16) nimmt das BAG 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 durchgeführt und die ArbN damit entbehrlich (BAG 19. 6. 91, DB 91, 2442; vgl zur Abgrenzung auch LAG Köln 29. 3. 93 – 13 Sa 912/92 –).
- 78 **Maßgebliche Kriterien** für die Betriebsstilllegung sind dabei: bei alsbaldiger Wiedereröffnung bzw Fortsetzung der Betriebsfähigkeit spricht eine tatsächliche Vermutung gegen eine ernsthafte Stilllegungsabsicht (BAG 27. 9. 84, DB 85, 1399; 5. 12. 85, DB 86, 1290); das Gleiche gilt, wenn dem Insolvenzverwalter vor Ausspruch der Kündigung ein Übernahmeangebot eines Interessenten vorliegt, das wenige Tage später zu konkreten Verhandlungen mit dem Ergebnis einer teilweisen Betriebsübernahme führt (BAG 29. 9. 05 – 8 AZR 647/04, NZA 06, 720); Kündigungsbegründung des ArbGeb (BAG 27. 2. 87, DB 87, 1896); **nicht maßgeblich** sind: Abschluss und Durchführung eines Sozialplans (BAG 5. 12. 85, DB 86, 1290; 22. 5. 97 – 8 AZR 101/96, NZA 97, 1050; zu Recht differenzierend nach dem jeweiligen Unternehmensgegenstand *Wank* SAE 98, 209); überwiegende Identität der Belegschaft aufgrund formaler Neueinstellungen

durch den neuen ArbGeb (*Hillebrecht* NZA 89 Beilage 4, 10); Konkursantragstellung sowie Gewerbeabmeldung und Löschung in der Handwerksrolle (BAG 3. 7. 86, DB 87, 99). Zuletzt hat das BAG bei der Fortführung von Aufgaben der früheren Treuhandanstalt durch das Bundesamt zur Regelung offener Vermögensfragen eine Stilllegung bejaht (BAG 24. 8. 06 – 8 AZR 317/05, Pressemitteilung Nr 55/06).

Zusätzliche Probleme ergeben sich bei einer **Teilbetriebsstilllegung** und einem gleichzeitigen **Betriebsteilübergang** 79 hinsichtlich der **Sozialauswahl** der zu kündigenden ArbN. Richtigerweise kommt § 1 Abs 3 KSchG auch in diesem Fall uneingeschränkt zur Anwendung, so dass auch ArbN aus dem übergehenden Betriebsteil in die Sozialauswahl einzubeziehen sind. Das folgt aus dem Schutzzweck der Sozialauswahl (BAG 28. 10. 04 – 8 AZR 391/03, NZA 05, 285; *Stahlhacke/Preis/Vossen* Rz 1064). Auf den vom Betriebsteilübergang nicht betroffenen Restbetrieb beschränkt ist die Sozialauswahl – von Rechtsmissbrauchsfällen abgesehen – nur dann, wenn der Betriebsteilübergang vor dem Zugang der Kündigung vollzogen ist und ein Wechsel in der ArbGebStellung bereits stattgefunden hat. Der so von der Kündigung verschont gebliebene ArbN verbleibt allerdings beim Betriebsteilveräußerer, da die Sozialauswahl als solche nicht zu einer geänderten Zuordnung des ArbN zu dem veräußerten Betriebsteil führt. Hierfür bedarf es einer Ausübung des arbeitgeberseitigen Direktionsrechts oder einer einvernehmlichen Arbeitsplatzänderung vor Vollzug des Betriebsteilübergangs (*Kreitner* FS für *Küttner* 2006, S 399).

3. Beweislast. Es gelten die allgemeinen Grundsätze der Darlegungs- und Beweislast. Jede Partei muss die Voraussetzungen der ihr günstigen Norm im Prozess darlegen und ggf beweisen. Macht der ArbN den Übergang seines Arbeitsverhältnisses geltend oder beruft er sich auf den Unwirksamkeitsgrund des § 613 a Abs 4 Satz 1 BGB, ist er darlegungs- und beweispflichtig (BAG 16. 5. 02 – 8 AZR 319/01, NZA 03, 93). Der ArbGeb muss sich allerdings substantiiert einlassen und darf sich nicht mit einem einfachen Bestreiten begnügen. Außerdem kann zugunsten des ArbN bezüglich einzelner Tatbestandsmerkmale ein auf Indizien gestützter Anscheinsbeweis eingreifen, wenn es um Tatsachen geht, die in der Sphäre des ArbGeb liegen (BAG 5. 12. 85 – 2 AZR 3/85, NZA 85, 736; Rechtsgeschäft; LAG Köln 3. 3. 97 – 3 Sa 1063/96, LAGE Nr 59 zu § 613 a BGB; ArbG Kaiserslautern 19. 1. 94, BB 94, 1503; Kausalität). Macht demgegenüber der ArbN jedoch die Sozialwidrigkeit der Kündigung iSd § 1 Abs 2 KSchG geltend, bleibt der ArbGeb in vollem Umfang hinsichtlich der Kündigungsgründe darlegungs- und beweispflichtig (BAG 9. 2. 94 – 2 AZR 666/93, NZA 94, 686; LAG Köln 21. 1. 05 – 4 Sa 1036/04).

4. Prozessuales. Der kündigende ArbGeb ist nach der Rspr des BAG grds passivlegitimiert unabhängig davon, ob nach 81 Ausspruch der Kündigung und vor Erhebung der Klage ein Betriebsübergang stattgefunden hat (BAG 14. 2. 78, DB 78, 1501; 26. 5. 83, DB 83, 1258; 27. 9. 84, DB 85, 1399; *Wöllenschläger/Pollert* ZfA 96, 547).

Richtigerweise ist demgegenüber – unabhängig davon, ob die Kündigung vom Betriebsveräußerer oder –erwerber 82 stammt – wie folgt zu differenzieren: Wendet sich der ArbN gegen eine **vor Betriebsübergang ausgesprochene Kündigung** und erhebt er noch **vor dem Übergang** der Leitungsmacht auf den Betriebserwerber **Klage**, so ist diese gegen den Betriebsveräußerer zu richten. Da der Betriebsübergang im Zeitpunkt der Klageerhebung noch nicht stattgefunden hat, ist der Betriebsveräußerer (noch) der aktuelle und damit maßgebliche ArbGeb. Kommt es dann im Verlauf des Rechtsstreits zum Betriebsübergang, wirkt eine rechtskräftige Entscheidung gem § 325 ZPO auch gegenüber dem Betriebserwerber, der nach Rechtshängigkeit der Klage Rechtsnachfolger des bisherigen ArbGeb geworden ist (BAG 20. 3. 97 – 8 AZR 769/95, NZA 97, 937; 13. 4. 2000 – 2 AZR 215/99, NZA 01, 144; 9. 7. 03 – 5 AZR 595/02, NZA-RR 04, 9). Auch die spätere vergleichsweise Beendigung des Arbeitsverhältnisses bleibt im Rechtsstreit mit dem Betriebsveräußerer möglich (BAG 24. 8. 06 – 8 AZR 574/05). Um einen gegen den alten ArbGeb titulierten Anspruch auch gegenüber dem Erwerber vollstrecken zu können, muss der ArbN eine vollstreckbare Ausfertigung des Urts gem §§ 727, 731 ZPO beantragen (LAG Düsseldorf 10. 7. 95, NZA-RR 96, 242).

Erfolgt die **Klageerhebung** demgegenüber bei einer vor Betriebsübergang ausgesprochenen Kündigung erst **nach 83 dem Übergang**, ist der Betriebserwerber der richtige Beklagte. Er ist in diesem Zeitpunkt der in Anspruch genommene ArbGeb (*Müller-Glöge* NZA 99, 449; *Fischer* DB 01, 331). § 325 ZPO ist in diesem Fall nicht einschlägig (BAG 18. 2. 99 – 8 AZR 485/97, NZA 99, 648; 18. 3. 99 – 8 AZR 306/98, NZA 99, 706; LAG Hamm 22. 3. 01 – 4 Sa 579/00, NZA-RR 02, 82). Dabei ist ohne Einfluss auf die Passivlegitimation, ob der Betriebsübergang noch innerhalb der Kündigungsfrist erfolgt ist (*Kreitner* FA Arbeitsrecht 98, 2).

Ist schließlich die **Kündigung** dem ArbN erst **nach** vollzogenem **Betriebsübergang** zugegangen, muss die Klage 84 ebenfalls gegen den Betriebserwerber gerichtet werden. (LAG Köln 18. 3. 94 – 13 Sa 924/93, NZA 94, 815; LAG Hamm 2. 12. 99 – 4 Sa 1153/99, NZA-RR 2000, 265; LAG Düsseldorf 20. 11. 02 – 4 (5) Sa 1095/02, ZIP 03, 861; *Peters-Lange* EWiR 03, 689; aA LAG Köln 3. 8. 01 – 11 Sa 215/01, NZA-RR 02, 240; LAG Hamm 28. 5. 98 – 8 Sa 2257/97, NZA-RR 99, 71). Das gilt auch für eine Kündigung des Veräußerers (BAG 18. 4. 02 – 8 AZR 346/01, NZA 02, 1207; 24. 5. 05 – 8 AZR 398/04, NZA 05, 1302; 15. 12. 05 – 8 AZR 202/05, NZA 06, 597). Für eine isolierte Feststellungsklage gegen den Betriebsveräußerer dürfte ein Rechtsschutzbedürfnis nur im Fall des widersprechenden ArbN bestehen (vgl LAG Hamm 9. 3. 89, NZA 89, 823 [LS]; LAG Hamm 17. 5. 93, ArbuR 93, 306: grds Klärung von Ansprüchen gegen den bisherigen ArbGeb).

Oftmals ist aus Sicht des ArbN die **Sach- und Rechtslage** in Bezug auf einen möglichen Betriebsübergang **unklar**. In 85 diesem Fall erscheint es sachgerecht und für den klagenden ArbN empfehlenswert, im Wege der subjektiven Klagehäufung gleichzeitig gegen Betriebsveräußerer und –erwerber vorzugehen (BAG 24. 6. 04 – 2 AZR 215/03, AP Nr 278 zu § 613 a BGB). Zwischen beiden Beklagten besteht keine notwendige Streitgenossenschaft nach § 62 ZPO, so dass bei gemeinsamen Unterliegen ggf beide Beklagte Rechtsmittel einlegen müssen (BAG 4. 3. 93 – 2 AZR 507/92, NZA 94, 260). Haben Betriebsveräußerer und –erwerber verschiedene allgemeine Gerichtsstände, ist das zuständige Gericht nach § 36 Abs 3 ZPO zu bestimmen (BAG 25. 4. 96 – 5 AS 1/96, NZA 96, 1062). Im laufenden Prozess kann der ArbN ggf auf gerichtlichen Hinweis die Klage teilweise zurücknehmen bzw muss eine teilweise Klageabweisung wegen fehlenden Rechtsschutzinteresses in Kauf nehmen. Hat ein ArbN Betriebsveräußerer und –erwerber gesondert verklagt, so ist im Prozess gegen den Erwerber die Wirksamkeit einer vom Betriebsveräußerer ausgesprochenen Kündigung als Vorfrage zu

Betriebsübergang

prüfen. Eine eventuelle Rechtshängigkeit des Rechtsstreits gegen den Veräußerer ist dabei gem § 261 Abs 3 Nr 1 ZPO unerheblich. Insbesondere bestehen insoweit keine Zweifel hinsichtlich des Vorliegens eines Rechtsschutzinteresses des ArbN (BAG 14. 7. 94, NZA 95, 27).

- 86 Schließlich kann es sein, dass der gekündigte ArbN von dem erfolgten Betriebsübergang nichts erfahren und er daher den falschen, nämlich seinen bisherigen ArbGeb verklagt hat. Hier hilft in aller Regel ein **Antrag auf nachträgliche Zulassung** nach § 5 KSchG, der allerdings alsbald nach Kenntniserlangung zu stellen ist. Nur dann, wenn bereits die absolute sechsmonatige Zulassungsfrist des § 5 Abs 3 Satz 2 KSchG verstrichen ist, bleibt es gem § 7 KSchG bei der Wirksamkeit der Kündigung (Kreitner FA Arbeitsrecht 98, 2 mwN).
- 87 Auch der verklagte **Arbeitgeber** kann sich zur Verteidigung auf einen Betriebsübergang berufen. Er muss dann den vermeintlichen Betriebserwerber im Wege der sog **Drittwiderklage** in den Prozess einbeziehen (LAG Köln 26. 3. 98 – 5 Sa 1420/97, NZA-RR 98, 398).
- 88 Besonderheiten sind bei dem **Auflösungsantrag** nach § 9 KSchG zu beachten. Nach erfolgtem Betriebsübergang kommt ein Auflösungsantrag gegen den Betriebsveräußerer nicht mehr in Betracht, da ein solcher Antrag ein mit dem Beklagten bestehendes Arbeitsverhältnis voraussetzt (BAG 20. 3. 97 – 8 AZR 769/95, NZA 97, 937). Das Gleiche gilt für den nach Rechtshängigkeit des Auflösungsantrags erfolgenden Betriebsübergang, da die Entscheidung darüber, ob die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses zumutbar ist nicht ohne den Erwerber getroffen werden kann (Löwisch/Neumann DB 96, 474). Will der ArbN dennoch sogleich die gerichtliche Auflösung des Arbeitsverhältnisses betreiben, muss er den Betriebserwerber in den Prozess einbeziehen oder dem Übergang seines Arbeitsverhältnisses widersprechen (BAG 20. 3. 97 – 8 AZR 769/95, NZA 97, 937). Demgegenüber kann der Betriebsveräußerer auch nach erfolgtem Betriebsübergang im laufenden Kündigungsschutzprozess bis zum Schluss der mündlichen Verhandlung in der Tatsacheninstanz noch einen Auflösungsantrag stellen. Das gilt jedenfalls dann, wenn der Auflösungszeitpunkt und die maßgeblichen Auflösungsgründe zeitlich vor dem Betriebsübergang liegen (BAG 24. 5. 05 – 8 AZR 246/04, NZA 05, 1178).
- 89 Bei einem **Leistungsantrag** verhindert die in § 613 a Abs 2 BGB angeordnete gesamtschuldnerische Haftung des bisherigen ArbGeb für den dort genannten Zeitraum ein Eingreifen der §§ 265, 325 ZPO wegen fehlender Rechtsnachfolge (Zeuner FS für Schwab, 1990, S 575). Etwas anderes gilt nur bei besonders betriebsbezogenen Verpflichtungen, die nur vom jeweiligen Betriebsinhaber erfüllt werden können (zB vertragsgemäße Weiterbeschäftigung; vgl LAG Düsseldorf 12. 3. 01 – 5 Sa 230/00, DB 01, 1732).
- 90 Zu beachten ist der nach neuerer Rspr jedenfalls beim Wegfall des Kündigungsgrundes innerhalb der Kündigungsfrist bestehende **Wiedereinstellungsanspruch** des ArbN (s oben Rz 71). Das gilt nicht bei einer Betriebsveräußerung in der Insolvenz, sofern der Betriebsübergang nach Ablauf der Kündigungsfrist erfolgt (BAG 13. 5. 04 – 8 AZR 198/03, AP Nr 264 zu § 613a BGB). Kommt es trotz wirksamer Kündigung wegen einer beabsichtigten Betriebsstilllegung innerhalb der Kündigungsfrist dennoch zu einem Betriebsübergang, ist der Wiedereinstellungs- bzw Fortsetzungsanspruch gegenüber dem Erwerber klageweise geltend zu machen (BAG 13. 11. 97 – 8 AZR 295/95, NZA 98, 251; 12. 11. 98 – 8 AZR 265/97, NZA 99, 311). Die Klage muss in entsprechender Anwendung von § 613 a Abs 6 BGB innerhalb von einem Monat nach Zugang der Unterrichtung oder Kenntnis der betriebsübergangsrelevanten Tatsachen erfolgen (Joost EWiR 03, 467; Näheres s oben Rz 71).
- 91 Findet der Betriebsübergang im Verlauf eines **arbeitsgerichtlichen Beschlussverfahrens** statt, kommt es nach der Rspr des BAG zu einem gleichzeitigen Wechsel in der Beteiligtenstellung. Der Betriebserwerber tritt ebenso wie in die betriebsverfassungsrechtliche auch in die verfahrensrechtliche Stellung des Betriebsveräußerers ein (BAG 28. 9. 88, DB 89, 386). Gleiches gilt für den BRat des aufnehmenden Betriebes bei der Eingliederung des bisherigen Veräußererbetriebes in einen größeren Erwerberbetrieb (BAG 21. 1. 03 – 1 ABR 9/02, NZA 03, 1097).
- 92 Zur Frage der **Prozessverwirkung** im Fall des § 613 a BGB vgl BAG 20. 5. 88 – 2 AZR 711/87, NZA 89, 16 (11 Monate); 27. 1. 2000 – 8 AZR 106/99: 1 Jahr; 18. 12. 03 – 8 AZR 621/02, NZA 04, 791 (4 Monate); LAG Köln 17. 6. 03 – 13 (12) Sa 1146/02, NZA-RR 04, 38 (10 Monate); LAG Hamm 21. 9. 98 – 19 Sa 664/98, NZA-RR 99, 297 (3 Monate); OLG Düsseldorf 17. 12. 96 – 24 U 76/95, NZA-RR 98, 387 (2 Jahre).
- 93 **VI. Betriebsübergang in der Insolvenz.** Zur Rechtslage bezüglich Konkurs-, Vergleichs- und Gesamtvollstreckungsverfahren, die vor dem 1. 1. 99 beantragt worden sind, wird auf die Voraufgabe (Personalbuch 2002 Betriebsübergang Rz 88 ff) verwiesen. Seither gilt ausschließlich neues Insolvenzrecht. Danach ist die Fortführung eines Betriebs durch den Insolvenzverwalter selbst kein Betriebsübergang iSd § 613 a BGB. Erst wenn der Insolvenzverwalter den von ihm zunächst fortgeführten Betrieb veräußert, kommt § 613 a BGB zur Anwendung, soweit es um den **Übergang der Arbeitsverhältnisse** geht (LAG Sachs 29. 6. 01 – 2 Sa 836/00, NZA-RR 02, 265, LAG Hamm 4. 6. 02 – 4 Sa 81/02, NZA-RR 03, 293; Danko/Cramer BB 04, Special 4, 9).
- 94 Besonderheiten gelten im Bereich der **Haftung**. Wegen des Vorrangs des insolvenzrechtlichen Grundsatzes der gleichmäßigen Befriedigung aller Insolvenzgläubiger ist § 613 a Abs 2 BGB nicht anwendbar (BAG 13. 7. 94 – 7 ABR 50/93, NZA 94, 1144; 15. 1. 02 – 1 AZR 58/01, NZA 02, 1034; 20. 6. 02 – 8 AZR 459/01, NZA 03, 318). Das gilt nicht bei mangels Masse unterbleibender Insolvenzeröffnung. Hier bleibt es bei der uneingeschränkten Anwendbarkeit des § 613 a BGB (BAG 28. 4. 87, DB 87, 2313; 27. 4. 88, DB 88, 1653); anders jedoch bei der nachträglichen Einstellung des Insolvenzverfahrens gem § 207 InsO (BAG 11. 2. 92 – 3 AZR 117/91, NZA 93, 20 zu § 204 KO). Im Übrigen gilt die Haftungsleichterung naturgemäß nur bezogen auf Insolvenzforderungen, nicht jedoch für Masseschulden. Für **Sozialplanansprüche** kommt der insolvenzrechtliche Haftungsvorrang voll zum Tragen. Das gilt unabhängig davon, ob der Sozialplan vor oder nach der Insolvenzeröffnung abgeschlossen worden ist (BAG 15. 1. 02 – 1 ABR 58/01, NZA 02, 1034 noch zur KO). Anders ist das beim **Urlaubsanspruch**. Dieser geht auch in der Insolvenz auf den Erwerber über, ohne dass eine Haftungsbeschränkung eingreift (BAG 18. 11. 03 – 9 AZR 95/03, NZA 04, 651; 18. 11. 03 – 9 AZR 347/03, NZA 04, 654; LAG Hamm 15. 9. 04 – 18 Sa 389/04, NZA-RR 06, 65). Erwirbt ein ArbN für Zeiten nach der Insolvenzeröffnung Anwartschaften auf **betriebliche Altersversorgung**, gilt im Fall des späteren Betriebsübergangs § 613 a Abs 1 Satz 1 BGB. Die Insolvenzmasse haftet dann nur für den Anspruch auf Zahlung von Betriebs-

renten, die im Jahr nach dem Betriebsübergang fällig werden (BAG 19. 5. 05 – 3 AZR 649/03, AP Nr 283 zu § 613 a BGB).

Auch der **Kündigungsschutz** gilt in der Insolvenz nur mit Einschränkungen. Zwar gilt § 613 a Abs 4 BGB auch in der Insolvenz (BAG 20. 3. 03 – 8 AZR 97/02, NZA 03, 1027) aber der Insolvenzverwalter kann nach der Rspr des BAG eine Kündigung einschränkungslos mit dem Sanierungskonzept des Erwerbers begründen (s oben Rz 73). Außerdem sind die Besonderheiten der InsO zu beachten. Hinzuweisen ist insoweit insbesondere auf die Vorschrift des **§ 128 Abs 1 InsO**, die die Stellung des Betriebserwerbers verbessern und auf diese Weise Betriebs- und Betriebsteilveräußerungen erleichtern soll. So ermöglicht § 128 Abs 1 InsO dem Insolvenzverwalter bereits vor dem Betriebsübergang den Ausspruch von Kündigungen, die erst durch eine vom späteren Betriebserwerber durchgeführte Betriebsänderung bedingt sind. An einem Verfahren nach § 126 InsO ist der Erwerber gem § 128 Abs 1 Satz 2 InsO beteiligt.

Darüber hinaus erstreckt **§ 128 Abs 2 InsO** die Vermutungswirkung des § 125 Abs 1 Satz 1 Nr 1 InsO auch darauf, dass die vom Insolvenzverwalter ausgesprochene Kündigung nicht wegen des Betriebsübergangs iSv § 613 a Abs 4 BGB erfolgt ist. Der ArbN muss also den vollen Gegenbeweis führen (LAG Düsseldorf 23. 1. 03 – 11 (12) Sa 1057/02, LAGE § 125 InsO Nr 3). Das Gleiche gilt für die gerichtliche Feststellung nach § 126 Abs 1 Satz 1 InsO. Der Insolvenzverwalter kann das Feststellungsverfahren auch noch nach Ausspruch der Kündigungen einleiten (BAG 29. 6. 2000 – 8 ABR 44/99, NZA 2000, 1180).

Insolvenzrechtliche Besonderheiten sind auch beim **Wiedereinstellungsanspruch** gekündigter ArbN (s oben Rz 71) zu beachten. Im Insolvenzfall scheidet ein solcher Anspruch bei einem Betriebsübergang nach Ablauf der Kündigungsfrist generell aus (BAG 13. 5. 04 – 8 AZR 198/03, AP Nr 264 zu § 613 a BGB). Ob das vom BAG zur Begründung in den Vordergrund gestellte Interesse an einer beschleunigten und rechtssicheren Abwicklung von Beendigungsstreitigkeiten in der Insolvenz auch bei einem noch während der laufenden Kündigungsfrist erfolgenden Betriebsübergang greift, erscheint fraglich (offen gelassen von BAG 28. 10. 04 – 8 AZR 199/04, NZA 05, 405). Das LAG Köln hat einen solchen Anspruch zuletzt verneint (LAG Köln 13. 10. 04 – 7 (5) Sa 273/04, LAGE § 1 KSchG Wiedereinstellungsanspruch Nr 6) bzw in einer anderen Entscheidung maßgeblich auf die fehlende Mitwirkung des Insolvenzverwalters an der späteren Fortführung abgestellt (LAG Köln 2. 5. 05 – 2 (5) Sa 1607/04, ZIP 05, 1433, nicht rechtskräftig – Az beim BAG: 8 AZR 331/05). Die letztgenannte Argumentation überzeugt im Hinblick auf die auch in sonstigen Übergangsfällen fehlende rechtliche Relevanz einer unterbliebenen Mitwirkung des Veräußerers nicht.

Außerhalb des Arbeitsrechts sind gem §§ 162f InsO bei Betriebsveräußerungen an besondere, am Insolvenzverfahren beteiligte Personen oder bei solchen, die unter Wert erfolgen sollen, zusätzliche Anforderungen zu beachten. Zu weitgehend ist die Auffassung von *Hanau* (ZIP 98, 1817), der aus diesen Kündigungserleichterungen auf einen Wegfall des vom BAG mittlerweile anerkannten Wiedereinstellungsanspruchs (s oben Rz 71) schließt.

VII. Allgemeine betriebsverfassungsrechtliche Auswirkungen des Betriebsübergangs. Der bisherige Betriebsinhaber ist verpflichtet, gem §§ 2 Abs 1, 74 Abs 1 sowie ggf § 92 Abs 1 BetrVG den **Betriebsrat** hinsichtlich des bevorstehenden Betriebsübergangs zu **informieren**. Gleiches gilt für den Betriebserwerber. Besteht im Unternehmen des Betriebsveräußerers ein **Wirtschaftsausschuss**, so ist auch dieser rechtzeitig und umfassend gem § 106 Abs 2 BetrVG zu **informieren**.

Mitbestimmungsrechte des Betriebsrats nach §§ 111, 112 BetrVG werden durch einen Betriebsübergang allein nicht ausgelöst (aA *Gaul* BB 99, 582). Etwas anderes gilt nur dann, wenn mit dem Wechsel des Betriebsinhabers weitere organisatorische Maßnahmen verbunden sind, die dann für sich betrachtet einen der Tatbestände des § 111 BetrVG erfüllen (BAG 17. 3. 87, DB 87, 1540; 16. 6. 87, DB 87, 1842; 19. 1. 99 – 1 AZR 342/98, NZA 99, 949; 25. 1. 2000 – 1 ABR 1/99, NZA 2000, 1069; *Möll* RdA 03, 129; Näheres s *Betriebsänderung* Rz 12). Auch aus Art 7 Abs 1 der EG-Richtlinie 2001/23/EG resultiert kein Informationsrecht des BRat, da insoweit die „überobligationsmäßige“ individualrechtliche Umsetzung der Richtlinie durch § 613 a Abs 5 BGB genügt (*Hanau/Steinmeyer/Wank* § 18 Rz 16 f; aA *Düwell* FA Arbeitsrecht 02, 172).

Die Befreiung von der Sozialplanpflicht gem **§ 112 a BetrVG** gilt auch, wenn ein neu gegründetes Unternehmen innerhalb der vierjährigen Frist einen Betrieb übernimmt, der selbst schon länger als vier Jahre besteht (BAG 13. 6. 89, DB 89, 2335).

VIII. Neue Bundesländer. Gem Art 232 § 5 EGBGB galt § 613 a BGB in den neuen Bundesländern befristet bis zum 31. 12. 98 in modifizierter Form. Hieraus resultierten die nachfolgenden Besonderheiten (Nähere Einzelheiten in der Voraufgabe Personalbuch 2004 Betriebsübergang Rz 97 ff).

B. Lohnsteuerrecht

Macher

Der Wechsel der ArbGebStellung, der für die lohnsteuerlichen ArbGebPflichten entscheidend ist, fällt auf den Zeitpunkt des Betriebsübergangs („Besitz, Nutzen, Lasten gehen über am ...“). **Der Zeitpunkt der Anzeige** des Betriebsübergangs gegenüber Behörden (vgl §§ 137, 138 AO) ist demgegenüber unbeachtlich. Auch bei Verpachtung des Betriebs kann ein Betriebsübergang mit dem Wechsel der ArbGebStellung vom Verpächter auf den Pächter vorliegen, ebenso bei Betriebsüberlassungs- und Betriebsführungsverträgen (vgl BFH 6. 5. 86, BStBl II 86, 891). Der Verpächter kann zum ArbN des Pächters werden. Zur Betriebsaufspaltung s *Umwandlung* Rz 27. Entscheidend ist, ob der Betriebsübergeber oder der Betriebsübernehmer als ArbGeb anzusehen ist (s *Arbeitgeber* Rz 19 ff). Hiernach entscheiden sich auch die **Outsourcing-Fälle** (s hierzu oben Rz 18). Bei Widerspruch des ArbN gegen den Übergang seines Arbeitsverhältnisses (s oben Rz 81 ff) bleibt der Betriebsübergeber ArbGeb mit den LSt-lichen Pflichten, bis die Stellung des ArbN geklärt ist.

Zahlungen des Betriebsübernehmers für die Übernahme bestimmter ArbN, an denen er besonders interessiert ist, können Aufwendungen zur Anschaffung eines immateriellen Vermögensgegenstandes iSd § 266 Abs 2 Buchst A I 1 HGB sein (BFH 26. 8. 92, BStBl II 92, 977). Ausgleichszahlungen, die ein ArbN für den Wechsel seines Arbeitsplatzes anlässlich des Betriebsübergangs erhält, sind nicht als Entschädigung ermäßigt zu besteuern (BFH 10. 10. 01 – XI R 54/00, BStBl II 02, 181). Es kommt allenfalls eine Verteilung der Einkünfte nach § 34 Abs 3 EStG in Betracht (BFH 10. 10. 01 – XI R

Betriebsübergang

54/00, BStBl II 02, 181). Die Vervielfältigungsregelung des § 40b Abs 2 Satz 3 EStG (s. *Lohnsteuerpauschlierung* Rz 53) greift nicht ein (FG NdS 8. 6. 05 – 2 K 267/03, EFG 06, 50; Az BFH VI R 53/05). Aufwendungen eines ArbN zur Erhaltung seines Arbeitsplatzes beim Betriebsübernehmer können Werbungskosten sein (BFH 2. 3. 05 – VI R 36/01, DStRE 05, 1440). Zu Zahlungen anlässlich des Übergangs eines Betriebsteils s. *Betriebsteil* Rz 10.

- 105 Vorgänge **nach dem Betriebsübergang** betreffen den Betriebsübergeber lohnsteuerlich nicht mehr, außer die ArbGebStellung des Betriebsübergebers bleibt (partiell) bestehen. Dies hängt von den Vereinbarungen anlässlich des Betriebsübergabevertrags ab.

Beispiele: Zur Übertragung von Versorgungszusagen s. *Betriebliche Altersversorgung* Rz 138 ff. Zur Altersversorgung der zum Zeitpunkt des Betriebsübergangs bereits ausgeschiedenen ArbN s. BFH 29. 7. 92, BStBl II 93, 247; zu übernommenen ArbN BFH 16. 12. 02 – VIII R 14/01, BStBl II 03, 347; zum Betriebsübergang zwischen Familienangehörigen s. BFH 11. 9. 91, BFH/NV 92, 168; einschließlich Rentenverpflichtung BFH 16. 12. 92, DB 93, 1267; hierzu *Fischer* DB 93, 1002; s. auch BFH 29. 7. 92, BStBl II 93, 139. Haftung für LSt bei Scheitern der Verkaufsverhandlungen s. FG Hbg 18. 5. 99 – V 174/98, EFG 99, 1003; eine Tantieme nach Betriebsübergang auf eine GmbH an eine dem Gesellschafter nahe stehende Person soll keine verdeckte Gewinnausschüttung sein, wenn ohne Tantieme der Übergang des Arbeitsverhältnisses nicht hätte vorgenommen werden können (FG Hbg 14. 3. 2000 – II 193/99, EFG 2000, 890). Zahlungen eines Betriebsübernehmers in eine Zusatzversorgungskasse zum Ersatz von Versorgungsansprüchen der ArbN, die durch den ArbGeb-Wechsel entfallen sind, stellen keinen (erneuten) Arbeitslohn dar (FG Köln 17. 1. 01 – 11 K 793/98, EFG 01, 635). Zur Berücksichtigung von Vordienstzeiten eines Geschäftsführers bei der Berechnung einer Pensionsrückstellung FG München 28. 9. 04 – 6 K 1635/02, Juris StRE 200 47 1684.

- 106 Bei Betriebsübergang von einem Einzelunternehmen auf eine GmbH bleibt eine vom Einzelunternehmer erteilte **Pensionszusage** steuerlich wirksam, wenn die Pension bei der GmbH noch erdient werden kann (*Betriebliche Altersversorgung* Rz 182, 186). Gleiches gilt bei einer Umwandlung von einer KG in eine GmbH (BFH 9. 4. 97, BStBl II 97, 799). Diese Rspr gilt für ArbGebWechsel nach dem 31. 12. 97 (BMF 22. 12. 97 – IV B 2 – S 2176 – 120/97, BStBl I 97, 1020). Auch wenn kein Betriebsübergang im Ganzen vorliegt, sondern nur ein Teil des Betriebs fortgeführt wird, sind in den Erdienenszeitraum Vordienstzeiten des Pensionsberechtigten mit einzubeziehen (FG München 25. 8. 04 – 7 K 4780/02, EFG 04, 1863). Zur Pensionszusage anlässlich Betriebsaufspaltung s. *Betriebliche Altersversorgung* Rz 188.

- 107 Ab dem Zeitpunkt des Betriebsübergangs gehen die ArbGebPflichten auf den Betriebsübernehmer über.

Beispiel: Bei Betriebsübergang zum 1. 1. muss der Betriebsübernehmer die LStAnmeldung zum 10. 1. betreffend LSt Dezember vornehmen.

- 108 Der Betriebsübernehmer haftet darüber hinaus für LSt begründende Vorgänge aus der Zeit **vor dem Betriebsübergang** nach § 75 AO (ausführlich hierzu *Mösbauer* DStZ 95, 705). Er haftet hierbei subsidiär gegenüber dem Betriebsübergeber (§ 219 AO; strittig, s. *Schmidt/Drenseck* § 42 d Rz 35). Die Haftung gegenüber dem FA ist nicht abdingbar. Vereinbarungen wirken nur zwischen Betriebsübergeber und Betriebsübernehmer zB durch Schadensersatz, Haftungsfreistellung uÄ (Einzelheiten s. *Lohnsteuerhaftung* Rz 43). Keine Haftung besteht bei einem Erwerb aus einer Insolvenzmasse und für Erwerbe im Vollstreckungsverfahren (§ 75 Abs 2 AO) sowie bei einem Erwerb vom Sequester, wenn sich die Eröffnung des Insolvenzverfahrens unmittelbar anschließt (BFH 23. 7. 98 – VII R 143/97, BStBl II 98, 765).

- 109 Eine Haftung des Betriebsübernehmers für die LSt des Betriebsübergebers kann sich auch aus **§ 25 HGB** ergeben. Hierzu muss der Erwerber das Handelsgeschäft unter der bisherigen Firma fortführen. Unbeachtlich ist es, wenn der ursprünglichen Firma eine Nachfolgezusatz angefügt wird oder wenn der Name nur unwesentlich verändert wird. Der Betriebsübernehmer haftet persönlich mit seinem ganzen Vermögen. Die Haftung kann jedoch wirksam ausgeschlossen werden (§ 25 Abs 2 HGB), wenn der Ausschluss in das Handelsregister eingetragen ist oder wenn der Ausschluss der Haftung unverzüglich nach der Betriebsübernahme dem FA mitgeteilt wird.

- 110 Nach Wegfall des § 419 BGB ab 1. 1. 99 kann sich eine Haftung hieraus nur noch für Altfälle ergeben (s. Voraufgaben).

- 111 Zum Verfahren bei Haftung wegen Betriebsübergangs s. *Lohnsteuerhaftung* Rz 47 ff. Zur Rechtssituation s. bei *Insolvenz des Arbeitgebers* Rz 32.

C. Sozialversicherungsrecht

Schlegel

- 112 **1. Haftung für sozialrechtliche Forderungen. a) § 613 a BGB.** Aus § 613 a BGB können keine Ansprüche der SozVTräger gegen den Übernehmer eines Betriebes hergeleitet werden, sofern die Ansprüche bereits vor Betriebsübergang begründet wurden. § 613 a BGB regelt nur die Rechte und Pflichten im Verhältnis zwischen altem/neuem ArbGeb und ArbN. Die Vorschrift erfasst jedoch nicht sämtliche, nur mittelbar auf dem Arbeitsverhältnis beruhende öffentlich-rechtliche Ansprüche Dritter. Insbesondere können SozVBeiträge vom „alten“ ArbGeb nur für die Zeit bis zum Betriebsübergang verlangt werden. Da er nach Betriebsübergang zur Einbehaltung der ArbNAnteile im Lohnabzugsverfahren nicht mehr berechtigt, hierzu vielmehr nur noch der „neue“ ArbGeb in der Lage ist, sollte insoweit im Rahmen der Übergabevereinbarungen entweder ein Freistellungsanspruch des alten ArbGeb oder eine Schuldübernahme durch den neuen ArbGeb gegenüber der Einzugsstelle vereinbart werden.

- 113 **b) Sonderfall: Zeiten der Betriebszugehörigkeit als Anknüpfungspunkt sozialrechtlicher Folgen.** Sofern sozialrechtliche Folgen von der Betriebszugehörigkeit abhängen, vertritt das BSG die Ansicht, dass der Betriebsübernehmer nicht nur in die Vertragsstellung des Arbeitsvertrages eintritt, sondern in alle in der Vergangenheit erworbenen Rechte und Pflichten aus dem Arbeitsverhältnis; insbesondere muss der Übernehmer die beim bisherigen Betriebsinhaber zurückgelegte Betriebszugehörigkeit (auch gegenüber den Trägern der SozV) gegen sich gelten lassen. Die aus der Dauer der Betriebszugehörigkeit erwachsende Fürsorgepflicht als Nebenpflicht des ArbGeb im Arbeitsverhältnis ist vom Übergang nicht ausgenommen (vgl. BSG 18. 9. 97 – 11 RAr 55/96, SozR 3–4100 § 128 Nr 3). Dies hat vor allem Konsequenzen für die **Erstattungspflicht des Arbeitgebers bei Entlassung älterer Arbeitnehmer** nach § 128 AFG bzw. § 147 a SGB III. Nach der Rspr des BSG haftet der Betriebsübernehmer neben dem früheren ArbGeb gesamtschuldnerisch, wenn er gem § 613 a BGB in die Rechte und Pflichten eines bestehenden Arbeitsverhältnisses eintritt. Dem Übernehmer sind

die bei dem früheren ArbGeb zurückgelegten Beschäftigungszeiten bei der Beurteilung der Erstattungspflicht nach § 128 AFG, § 147 a SGB III selbst dann zuzurechnen, wenn noch der Betriebsveräußerer das Arbeitsverhältnis gekündigt hat (BSG 13. 6. 06 – B 7 a AL 32/05 R).

c) Das BSG folgt der Rspr des BAG (BAGE 91, 121, 126 = AP Nr 189 zu § 613 a BGB), wonach ein Betriebsübergang nicht mehr anzunehmen ist, wenn der neue „Inhaber“ den Betrieb nicht weiterführt (BSG 16. 10. 03 – B 11 AL 20/03 R, SozR 4–4300 § 330 Nr 1).

2. Besonderheiten in der Unfallversicherung bestehen nach Maßgabe des § 150 Abs 4 SGB VII iVm § 192 Abs 4 SGB VII. Nach § 192 Abs 4 SGB VII sind der Unternehmer und sein Nachfolger verpflichtet, dem UVTräger den Unternehmenswechsel innerhalb von vier Wochen anzuzeigen. Der Unternehmensbegriff in diesem Sinne umfasst auch denjenigen des arbeitsrechtlichen Betriebsbegriffs (zum Unternehmensbegriff s BSG 25. 2. 76 – 8 RU 86/75, SozR 2200 § 536 Nr 2; 9. 8. 73 – 2 RU 5/72, SozR Nr 1 zu § 653 RVO).

Kommt der bisherige Unternehmer oder ein hinzutretender neuer Unternehmer dieser **Anzeigepflicht** nicht nach, ist er dennoch zur Zahlung der Beiträge bis zum Ablauf des Geschäftsjahres, in dem der Wechsel angezeigt wird, neben seinem Nachfolger als Gesamtschuldner verpflichtet (§ 150 Abs 4 SGB VII). Erfasst werden wegen des Umlageverfahrens die Beiträge für das gesamte Geschäftsjahr/Kj. Wird die Anzeige im Kj des Unternehmenswechsels versäumt, haftet der ausgeschiedene Unternehmer auch noch für die Betragsforderung des folgenden Kj, wenn erst in dem folgenden Kj die Anzeige nach § 192 Abs 4 SGB VII erfolgt.

Hat der UVTräger allerdings anderweitig als durch Anzeige nach § 192 Abs 4 SGB VII von einem Wechsel in der Person des Unternehmers Kenntnis erlangt, wird er sich, falls die förmliche Anzeige unterbleibt, nicht über den Ablauf des Kj des Unternehmenswechsels hinaus auf die Haftung nach § 150 Abs 4 SGB VII berufen können; § 150 Abs 4 SGB VII stellt nämlich keinen Rechtsscheinstatbestand – wie etwa § 15 HGB – dar.

